

Englisches Rechtsdenken im Werk Edmund Burkes

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Doktor-Würde
der Philosophischen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt a. M.

vorgelegt von
GISELA SCHELL
aus Frankfurt a. M.

1955

Englisches Rechtsdenken im Werk Edmund Burkes

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Doktor-Würde
der Philosophischen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt a. M.

vorgelegt von
GISELA SCHELL
aus Frankfurt a. M.

1955



Erster Gutachter: Professor Dr. Vossler
Zweiter Gutachter: Professor Dr. Kirn
Tag der mündlichen Prüfung: 24. Februar 1954

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung: Zur geistesgeschichtlichen Stellung Burkes . . .	5
I. Teil: Werden und Wesen des englischen Rechts bis zum Ende des 17. Jahrhunderts	11
1. Das Common Law im Kampf um die Verfassung. . .	11
2. Das Case Law-Prinzip und konkurrierende Rechts- findungen	20
3. Das englische Rechtsdenken in der Auseinandersetzung mit fremden Rechtsideen	29
a) Ein Serjeant at Law und der Court of Equity . . .	32
b) Richard Hooker und der presbyterianische Dissent	41
c) Edward Coke und der Stuart-Absolutismus. . . .	53
d) Matthew Hale und Thomas Hobbes.	64
Zusammenfassung: Die Vernunft der Unvollkommenheit	75
II. Teil: Die Kontinuität englischen Rechtsdenkens im Werk Edmund Burkes	82
1. Das Common Law des 18. Jahrhunderts	82
2. Burkes Leben. Seine Stellungnahme zu Recht und Ge- setz im Lauf seiner geistigen Entwicklung.	90
3. Burkes Welt- und Menschenbild als Erbe des Lawyer- Denkens	103
a) Expediency und Policy	103
b) Staat und Gesellschaft	109
c) Vergangenheit und Geschichte	114
d) Ordnung und Freiheit	120
Zusammenfassung und Ausblick: Burkes Verbundenheit mit dem Lawyer-Denken und seine Distanzierung vom Lawyer-Denken	125
Quellen und Literatur	129

Digitized by the Internet Archive
in 2026

EINLEITUNG:

ZUR GEISTESGESCHICHTLICHEN STELLUNG BURKES

„He was a member of no school of thought, and there is no influence to whom his outlook can be directly traced.“ Mit diesen Worten hat Harold Laski¹⁾ die geistesgeschichtliche Stellung Edmund *Burkes* bestimmt. Er hat damit Wesentliches gesagt, doch nicht Erschöpfendes.

Burkes Ausprägung „eines neuen, über die Aufklärungshistorie hinausführenden historischen Sinnes“ und die „Anwendung dieses historischen Sinnes auf das bis dahin von der präromantischen Bewegung beiseite gelassene und unbefruchtet gebliebene Gebiet des Staates“²⁾, diese Leistung erscheint nur dann erstmalig, revolutionär, wenn man den Rahmen ihrer Bedingtheit und Bezogenheit sehr eng zieht, etwa vom geistigen Gegenpol, der Französischen Revolution, bis zur geistigen Nachfolge, den Staatsdenkern der deutschen Befreiung.

Wollte man eine Geschichte der philosophischen Überwindung der Ideen von 1789 schreiben, dann, in der Tat, müßte man mit Edmund Burke beginnen, hier ist er der erste gewesen, der Vernunft durch Geschichte ersetzt hat, Revolution durch Evolution, Spekulation durch Erfahrung.

Aber das Kräftespiel zwischen jenen geistigen Polen ist Jahrhunderte alt. Die „Ratio“ der Revolution und die „Expediency“ Edmund Burkes haben sich, wenngleich in anderer Gestalt und unter anderem Namen, viele Male miteinander verglichen; das Treffen von 1789 ist nur Teilstück einer großen Auseinandersetzung, Höhepunkt eines langen Dialogs.

¹⁾ Polit. Thought in Engl. 173

²⁾ Meinecke, Historismus VI, S. 272/274

Man hat die geistige Vorgeschichte der Revolution geschrieben, hat zwischen dem Ancien Régime und dessen Sturz die Kontinuität entdeckt, sollte da nicht auch die geistige Gegenbewegung in England Vorgeschichte, Kontinuität aufweisen? Ist Edmund Burke mit seiner Überwindung der „ratio“ wirklich Autodidakt, „a member of no school of thought“ gewesen? Gab es in seinem geistigen Erbe nichts, was die Ausbildung eines historischen Sinns und dessen Wendung zum Staat gefördert hat?

„I do not aim at singularity“, so beschließt Burke seine großartige Staatskonzeption in den „Reflections“. „I give you opinions which have been accepted amongst us, from very early times to this moment, with a continued and general approbation, and which indeed are so worked into my mind, that I am unable to distinguish, what I have learned from others, from the results of my own meditation.“¹⁾

Burke fühlt sich also gar nicht als Neuerer, vielmehr als Vermittler einer Überlieferung, die aus ältesten Zeiten stammt und dennoch in ihm selbst so lebendig und bildungsmächtig besteht, daß er sie von seiner eignen Schöpferkraft nicht zu trennen vermag.

Sucht man nun in seinem Werk nach Namen und Art jener Überlieferung, so gerät man in eine Fülle bildlich-poetischer Umschreibungen: „The tracks of our forefathers“, „the maxims of our forefathers“, „the inheritance from our forefathers“, „wisdom of our ancestors“. Man wüßte aus diesen Angaben nichts zu erschließen als einen allgemeinen Traditionalismus, gäbe es nicht auch eine bestimmte, immer wiederkehrende Berufung: Die auf das englische „Law“. In ihm sind die Maximen der Vorväter, ist die Weisheit der Ahnen, die Vernunft der Geschichte fixiert und konkretisiert. Burkes Gebundenheit an dieses „Law“ wird zum ersten Mal und gleich in der überzeugendsten Formulierung 1775 ausgesprochen, in der Parlamentsrede „On Conciliation with America“, der bedeutendsten seiner frühen Reden:

„What the law has said, I say, in all things else I am silent. I have

¹⁾ Refl., I, 418.

no organ but for her words. I was resolved not to be wise beyond what was written.”¹⁾

Dies Bekenntnis zum „Law“ wiederholt sich auch in den Schriften zur Französischen Revolution, die Burkes Ruhm begründet haben. Es zeugt von so starker Autoritätsgebundenheit, daß man geneigt sein könnte, die These Laskis nicht nur einzuschränken sondern umzukehren, d. h. Burke jede geistige Originalität abzusprechen.

Die Burke-Literatur des 20. Jahrhunderts ist dem Bekenntnis Burkes zum englischen Recht bisher nicht weiter nachgegangen. Was die deutsche Forschung anbelangt: Bestimmend ist die Blickrichtung des deutschen 19. Jahrhunderts, insbesondere die der Staatsdenker der deutschen Befreiung geblieben. Sie haben in ihrem Kampf gegen das rationale Staatsdenken der Französischen Revolution Burke als ihren Vorkämpfer angesehen. Daß auch er Schüler, Sohn und Erbe war, blieb zunächst unbeachtet.

Über diese Art der Aufnahme und Würdigung Burkes im Deutschland des frühen 19. Jahrhunderts hat 1917 Frieda Braune in ihrer Abhandlung „Edmund Burke in Deutschland“ berichtet, Burke im wesentlichen so erfassend, wie ihn wohl auch Männer wie Brandes, Rehberg, Gentz und Müller gesehen haben mögen, als Lehrer und Bahnbrecher, als „Vorläufer“²⁾.

Friedrich Meinecke hat in seiner „Entstehung des Historismus“ Burke gleichfalls als Wegbereiter einer neuen Geistesströmung gewürdigt. Was die Bestimmung seiner geistigen Herkunft anbelangt, so finden sich im Einleitungstext des Kapitels „Die englische Präromantik“ zwar Hinweise auf den „echt englischen Traditionalismus . . . in Rechts- und Staatsleben“, auf die „großartige Kontinuität der englischen Entwicklung als Nährboden eines traditionalistischen Geschichtsgefühls, das unbewußt immer schon da war“³⁾, doch werden solche Hinweise gerade in der Besprechung Burkes als des Staatsdenkers und Politikers unter den Präromantikern nicht wieder aufgenommen.

Richmond Lennox bemüht sich in seiner 1923 erschienenen Unter-

¹⁾ Conciliat., I, 197 ²⁾ Braune, 176 ³⁾ Meinecke (2. Aufl. 1946), 252

suchung „Edmund Burke und sein politisches Arbeitsfeld“ hauptsächlich um Veranschaulichung der Zeit und der Zeitgenossen Burkes. In der Deutung von Burkes Staats- und Geschichtsbild beschränkt er sich darauf, den Einfluß rationalen formaljuristischen Denkens auf das Werk Burkes zu bestimmen. Von einer Bedeutung englischen Rechtsdenkens für die Staatsvorstellung Burkes ist nicht die Rede.

Die Studie von Hans Barth „Burke und die deutsche Staatsphilosophie im Zeitalter der Romantik“ (1945) hält sich in der Bestimmung von Burkes geistesgeschichtlicher Stellung an die gängige Vorstellung vom Entdecker und Bahnbrecher Burke. Als das „Neue“ in Burkes Werk bezeichnet sie „die Anerkennung der Dignität der Geschichte, der Überlieferung und der Zeit, die Evokation der Macht des Gemütes . . . und die Einsicht in die ursprünglich staatlich-gesellschaftliche Bedingtheit des Menschen“¹⁾.

Unter den deutschen Burke-Schriften ist nur eine, die auf einen Zusammenhang zwischen englischem Rechtsdenken und burkeschem Geschichtsbild hinweist: Die Untersuchung von Friedrich Meusel „Edmund Burke und die Französische Revolution“ (1913). Darin heißt es zum Thema der geistigen Herkunft Burkes: „Das Festhalten an der Tradition, der Autorität, dem Präzedens, wie es sich im englischen Volk und bei Burke findet, wird man entscheiden als einen den historischen Sinn fördernden Zug in Anspruch nehmen müssen, wie ja auch die Geschichte keines Volkes das Wesen historischer Entwicklung, die Kontinuität, so stark ausgeprägt zeigt, wie die englische.“²⁾ In den eingehenden Einzelbesprechungen von Burkes Schriften gegen die Französische Revolution ist dieser Gedanke leider nicht weiter ausgeführt worden.

Die englische Forschung hat Burke vor allem als Politiker und Praktiker gewürdigt. John Mac Cunn deutet Burkes „Conservatism“ als Weltklugheit, als Zeichen von „immense knowledge of men and affairs“. Burkes „dominant interest“ sei „always practical“ gewesen³⁾.

¹⁾ Barth, 130 ²⁾ Meusel, 81 ³⁾ Mac Cunn, 71 u. 195

Auch C. E. Vaughan sieht Burke primär als Politiker. Seine These, daß Burkes Kampf der Kampf der „expediency against judicial right“ gewesen sei¹⁾, kann nur mit Einschränkung gelten. Nicht immer ist für Burke das „judicial right“ das „inexpedient“ gewesen. Auch fehlt bei Vaughan der ergänzende Hinweis, daß Burke zwar oft gegen Rechte und Gesetze, aber nie gegen das Recht Stellung genommen hat.

Das Buch von Annie Marion Osborn „Rousseau and Burke“ (1940) sucht zwar im allgemeinen die Eigenart beider Denker durch den Hinweis auf „differences in their social and intellectual backgrounds“²⁾ verständlich zu machen, geht aber im besonderen auf die Bedeutung der englischen Verfassung und des englischen Rechts für Burkes Ideen nicht ein. Die Ausbildung von Burkes geschichtlich-nationaler Staatsauffassung wird seiner Beschäftigung mit Montesquieus „Esprit des Lois“ zugeschrieben.

Allseitig erfaßt ist Burke in der Schrift von Alfred Cobban: „Burke and the Revolt against the 18th Century“ (1929). Wenn gleich dem Thema gemäß hauptsächlich Burkes Kampf gegen die Aufklärung besprochen ist, wird doch auch sein Verhältnis zu anderen geistigen Strömungen neu geprüft und gewertet. Eine Distanzierung des burkeschen „Conservatism“ vom Historismus des 19. Jahrhunderts wird vorgenommen. Auf der anderen Seite erfolgt die Rückbeziehung Burkes auf die Überlieferung englischen Staats- und Rechtsdenkens mit dem Hinweis, daß vor Burke schon Coke und Hooker gewesen seien, „with behind them the centuries — old traditions of feudal and common law“³⁾.

Auch von der Geschichtsschreibung des englischen Rechts ist ein Zusammenhang zwischen Lawyer-Denken und Burke-Philosophie aufgezeigt worden. In der „History of English Law“ von William Holdsworth findet sich im fünften Band ein Hinweis auf die ähnliche Bedeutung des experience-Begriffes bei Matthew Hale und Burke. Im zehnten Band wird bei der Besprechung von Burkes

¹⁾ Vaughan, 2 ²⁾ Osborn, 25

³⁾ Cobban, 41

Staatsauffassung an verwandte Anschauungen Richard Hookers erinnert¹⁾).

Daß im ganzen die Hinweise auf die Bedeutung des englischen Rechts für das Werk Burkes spärlich und unausgeführt geblieben sind, hat freilich seinen Grund nicht nur in der Tatsache, daß allgemein nach Burkes Wirkung und Nachfolge mehr gefragt worden ist als nach seiner geistigen Herkunft. Es hat seinen Grund auch darin, daß Burkes Werk, lebendig und farbig wie die Wirklichkeit selbst, aktuell und politisch im besten Sinn der Worte, nicht ohne weiteres die Quellen erkennen läßt, aus denen es sich speist. Die Frage nach dem „woher“ ist bei Burke, dem Gegner der „reinen“ Deduktion, oft leichter gestellt als beantwortet. Auch sein Bekenntnis zum „Law“ ist ja kein eindeutiges gewesen. Man findet in seinem Werk zur Autorität des „Law“ nicht nur zustimmende Äußerungen. Es gibt z. B. auch die Feststellung: „Nations are not primarily ruled by laws“ – „laws reach but a little way“²⁾. Eingräumt, daß mit dem „Law“ im ersten Fall die Rechtsordnung als Ganzes gemeint scheint, im zweiten Fall aber nur einzelne Gesetze, so bleibt doch zwischen beiden Äußerungen ein Widerspruch bestehen, der es empfiehlt, die Law-Ergebnisse, wie sie in der Rede „On Conciliation“ zum Ausdruck kommt, nicht ohne weiteres gelten zu lassen und auszuwerten.

Zunächst aber bedarf es einer Bestimmung jenes Faktors, dem Burke wiederholt gewichtigen Einfluß auf sein Denken zugestanden hat. Was war das englische „Law“ des 18. Jahrhunderts, welche Entwicklung hatte es bis zu dieser Zeit genommen, welche Bedeutung besaß es im Staat? Und inwiefern war es geeignet, zur Ausprägung von Burkes Staats- und Geschichtsbild beizutragen?

¹⁾ Holdsworth V, 499 u. X, 94

²⁾ Thoughts on the Cause of the present Discontents, I, 124/34,

ERSTER TEIL:

WERDEN UND WESEN DES ENGLISCHEN RECHTS BIS ZUM ENDE DES 17. JAHRHUNDERTS.

Erstes Kapitel: Das Common Law im Kampf um die Verfassung.

Was aus Burkes Berufung auf das „Law“ hervorgeht, ist die Tatsache, daß es im England des 18. Jahrhunderts „Das Recht“ als allgemein zuständige und anerkannte Ordnung gab und daß zweitens dies Recht mit den „tracks“ und „maxims“ der „forefathers“ umschrieben werden konnte, daß es also überkommenes, geschichtliches Recht war.

„Old“ und „Common“, mit diesen beiden Attributen ist angedeutet, was das englische „Law“ und mit ihm die englische Verfassung im wesentlichen auszeichnet und von Rechten und Staaten des Kontinents unterscheidet. Strukturell ist es der kontinuierliche Übergang des ständischen Staatsprinzips in das parlamentarische und die Bewahrung des mittelalterlichen Case Law vor Kodifikation oder Überfremdung. Ideell bedeuten „old“ und „common“ die Erhaltung der frühmittelalterlichen Identität von altem Recht und gutem Recht und den Sieg der nationalen Idee, der „communitas“ von Reich und Recht.

Es ist für diese Besonderheit oder richtiger Normalität der englischen Staats- und Rechtsentwicklung manches verantwortlich gemacht worden, die Lage am Rand Europas, die geographische und kulturelle Insularität, sogar die „Reinheit“ der Rasse. Sicherlich kommt einigen dieser Faktoren Gewicht zu. Auch mag die geringe Flächenausdehnung der Insel – das Land war kaum größer als Bayern – die Ausbildung des korporativen Staatsprinzips erleichtert haben. Daß die Ziele des normannisch-angevinischen Königs-

tums keine universalen wie die des deutschen Kaisertums waren, mag, genau wie in Frankreich, dem Werden des nationalen Gedankens zugute gekommen sein.

Dennoch hatte das mittelalterliche England ja mit den Staaten des Kontinents so vieles gemeinsam. Die Insularität beginnt erst, als die offenen Grenzen gegen Frankreich, Wales und Schottland beseitigt sind. Vor der geographischen Randlage hat die politisierte Papstkirche nicht haltgemacht. Wenngleich sie den Anspruch des deutschen Kaisertums ernster zu nehmen hatte als die angelsächsisch-normannische Staatsbildung, so ist doch Wilhelm der Eroberer mit dem päpstlichen Banner gekommen und hat doch Johann sein Land vom Papst zu Lehen nehmen müssen.

Wenn England gleichwohl Staat nach der Devise „old and common“ wurde, so kann dies wohl letztlich nur als Akt geistigen Wollens und Vermögens verstanden werden, „incapable of definition, but not impossible to be discerned ...“.¹⁾

Die Träger des Gemeinwillens haben im Lauf der englischen Geschichte gewechselt. Manchmal ist der „Staat“ beim König gewesen, dann bei den Magnaten der Curia Regis oder bei den Vertretern der „Communities“ im Unterhaus.

Was aber die besondere Form der geschichtlich-kontinuierlichen Staatsbildung, die Einheit von „common“ und „old“ anbelangt, so sind es die Vertreter des alten englischen Rechts, des „old good common Law“ gewesen, die hierzu das Beste geleistet haben.

Freilich ist die Vorstellung, das Recht habe den englischen Staat gemacht, vordergründig. Bezogen auf ein geistiges Zentrum, stehen Recht und Staat unmittelbar und gleichwertig nebeneinander, sind zwei Erscheinungsformen ein- und derselben Kraft. Dennoch hat die Vorstellung, das Recht sei vor dem Staat gewesen und der Staat durch das Recht geworden, für die englische Verfassungsgeschichte bedingte Berechtigung. Denn der Staat, der am Ende des 17. Jahrhunderts verwirklicht ist, ist von den Vertretern und Institutionen des alten englischen „Law“ am prägnantesten „vorgedacht“ worden.

¹⁾ Burke, Refl., I, 404

Oder richtiger umgekehrt: Die Konzeptionen von Recht und Staat, die von den „Common Lawyers“ im Verlauf des Verfassungskampfes entwickelt und sublimiert wurden, sind mit der „Declaration of Rights“ und der „Act of Settlement“ zum Sieg gelangt.

Der Kampf um diesen Sieg hat sich sozusagen an drei Fronten abgespielt, einer verfassungspolitischen, einer rechtstechnischen und der zentralen rechtsphilosophischen.

Um bei den Flügeln anzufangen: Der Verlauf des verfassungspolitischen Kampfes, der ja allgemein bekannt ist, soll nur im Hinblick auf das „Law“ kurz umrissen werden.

Des englischen Reichs gemeines Recht nimmt seinen Ausgang vom Zentralgericht Heinrichs II. (1154-89), dergestalt, daß reisende Richter dessen Entscheidungen zum überall bindenden Recht machen. Das Common Law ist also seiner Entstehung und Handhabung nach Recht des Königs. Er entscheidet persönlich Prozesse seines Gerichts, und die Richter sind absetzbare königliche Beamte. Materiell aber ist das Common Law Recht des Landes, es fußt auf den englischen Gewohnheitsrechten. Wohl hat Heinrich II. in Italien römisches Recht studiert, ebenso wie die Rechtsgelehrten, die er an sein Gericht beruft; aber sie alle entlehnen vom römischen Recht kaum mehr als technische Formen und Formeln, welche die inhaltlich-rechtlichen Entscheidungen ihres Gerichts nicht beeinflussen. Auf diese Weise bleibt das neue Königsrecht altes Landesrecht, welches auch im 13. Jahrhundert, unabhängig von Macht und Bestand des Königtums, weiterlebt und wächst. In der Magna Charta (1215) ist es bereits „Das Recht“, die allgemein bindende Ordnung, welche der König im Artikel 40 respektieren muß: „Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus, rectum aut justiciam.“ – Gleichzeitig ist die Magna Charta Zeugnis eines für die Rechtsentwicklung bedeutsamen sozial-politischen Vorgangs, der Bundesgenossenschaft von Adel und Bürgertum. Schutz der Rechte muß der König nicht nur den großen Feudalherren, sondern ebenso der „Civitas Londoniarum“ versprechen. Es wird berichtet, daß erst der Beistand Londons die Barone zu ihrem Vorgehen gegen den König ermutigt habe,

und im „Kontrollrat“ der fünfundzwanzig mächtigsten Kronvasallen sitzt auch der „Major de Lundoniis“. Hinter dieser Verbindung des feudalen und urbanen Elements steht die Idee der „Comunitas Regni“, noch schwach, aber doch tragfähig zur ersten Überbrückung sozialer Gegensätze. Gewiß ist jeder Stand sich noch selbst der nächste, und es geht weit mehr um die Rechte als um das Recht, aber die Verfassungsentwicklung des 13. Jahrhunderts zeigt, daß die Vorstellung des gemeinsamen Reiches und Rechtes weiter besteht und immer mehr staatliche Realität gewinnt. Der Bund zwischen Adel und Bürgertum wiederholt sich eine Stufe tiefer, beim niederen Adel und den Vertretern der kleineren Städte, der nächsten sozialen Schicht, die in den Staat hineinwächst. Am Ende des 12. Jahrhunderts hatte Hubert Walter, Erzbischof und Justiciarius unter Richard Löwenherz, den ländlichen Kleinadel in den Dienst der Grafschaftsverwaltung gestellt. Die von den Rittern selbst gewählten „Coroners“ übernahmen einen Teil der Gerichts- und Finanzverwaltung und fungierten auf diese Weise als Kontrolle der vom König ernannten hochadeligen „Sheriffs“.

Ein Jahrhundert später, gegen das Ende der Regierung Heinrichs III. (1216-72), rücken Kleinadel und Bürgertum von der lokalen in die zentrale Verwaltung vor und erkämpfen sich im „Parliament“ beträchtliche Kompetenzen in Steuerbewilligung und Gesetz-erlaß. Freilich ist dies Parlament des ausgehenden Mittelalters trotz seiner zweiten Kammer keine Volksvertretung im modernen Sinn des Wortes gewesen. Trevelyan weist darauf hin, daß die Berufung ins Parlament als Last galt, der sich die gewählten Grafschaftsritter heimlich entzogen, daß also das passive Wahlrecht noch keinen Vorzug darstellte. Auch war der Gedanke der Vertretung noch keineswegs so entwickelt, daß man daran dachte, auch für die untersten Schichten der Bevölkerung, die leibeigenen Bauern etwa, mitzuverhandeln.¹⁾

Und doch darf die Bedeutung dieser Reichsstandschaft von Kleinadel und Bürgertum nicht unterschätzt werden. Ist doch damit er-

¹⁾ Englische Geschichte I, 199

reicht, daß die Verwalter und Schützer des Common Law verfassungspolitisch zum Zuge kommen. Denn wer sind die Commons? Es sind in der Mehrzahl zugleich Common Lawyers, Friedensrichter der Grafschaften, Stadtverwalter oder Rechtskundige der Common Law-Gerichte, die durch ihr Amt schon weitgehend für die parlamentarische Vertretung vorgebildet sind. Die stärkste und tatkräftigste politische Gruppe des Unterhauses besteht aus Wahrern und Verfechtern des „Law“. „Those, that have voices in parliament to make laws“, so konstatiert Bacon, „they for the most part are those, which in the country are appointed and administer the same laws“.¹⁾ Und Queen Elizabeth richtet folgende Anweisung an das Unterhaus: „You that be judges and justices of the peace, I command and straightly charge you, that you see the law to be duly executed and that you make them (the statutes just passed) living laws when you have put life into them.“²⁾

Mit der staatspolitischen Aktivierung des Mittelstandes scheidet sich die englische Verfassungs- und Rechtsentwicklung von der kontinentalen. In Frankreich wird die absolute Monarchie staatsbildend, das letzte Wort im Parlament ist das königliche „lit de justice“; das parlamentarische Recht der „Remontrance“, (des Einspruchs gegen Gesetzesvorlagen) ist am Ende des 17. Jahrhunderts bis zur Bedeutungslosigkeit eingeschränkt. Die Generalstände werden nach 1615 fast zwei Jahrhunderte lang nicht mehr einberufen. Die lokale Verwaltung und Gerichtsbarkeit wird gedrosselt durch die Beamten des Conseil du Roi. „Sachez que ce royaume de France est gouverné par trente intendants. Vous n'avez ni parlement, ni états ni gouverneurs; ce sont trente maîtres des requêtes commis aux provinces, de qui dependent le malheur ou le bonheur de ces provinces, leur abondance ou leur sterilité.“³⁾ „Toute justice émane du Roi“⁴⁾, das ist die Rechtsidee des absolutistischen Frankreich.

¹⁾ Spedding, Bacon, Letters and Life, VI, 304

²⁾ D'Ewes, Journal 467, zitiert Holdsworth IV, 181

³⁾ De Tocqueville, L'Ancien Régime et la Révolution, 54

⁴⁾ Holtzmann 358

Im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation aber findet sich überhaupt keine politische Gewalt, die fähig und bereit ist, Reich und Nation zu realisieren. Zur selben Zeit, da in England die reisenden Richter das Common Law ins Land tragen, stellen die deutschen Kaiser ihre Gerichtsreisen nach und nach ein. Ihr Ziel ist das Imperium Mundi, um seinetwillen verzichten sie auf die Herrschaft im eignen Reich „in favorem principum“.

Wohl ist im Volk das Wissen um die wachsende Fürstenmacht und um den Verlust der Reichseinheit, wohl ist auch Treue zum alten Reich und Recht dagewesen. „Wer sollte nicht Freude darüber empfinden, daß Ritter, Bürger und Bauern, treu ergeben dem alten Recht und den alten Gewohnheiten, sich mannhaft wehren gegen alle diejenigen, welche ihnen diese Rechte und Gewohnheiten mit Lug und Trug und sophistischen Künsten aller Art rauben wollen und sie zu unterdrücken und auszubeuten suchen?“ So schreibt Wimpfeling 1507 in seiner Abhandlung „De arte impressoria“. Ritter, Bürger und Bauern aber, die hier als Schützer des alten Rechts erscheinen, haben als politische Macht keine Zukunft. Sie stoßen nicht, wie in England, zur zentralen, verantwortlichen Mitregierung vor. Wohl sind Ritterschaft und Städte im späten Mittelalter aktiv in der Bildung landständischer Versammlungen gewesen, aber stärker als der Gemeinwille war das Interesse am eignen Stand und am eignen Recht. Es gelingt nicht, wie in England, eine dauernde Verbindung von Bürger- und Rittertum. Die Städtebünde des 13. und 14. Jahrhunderts schaffen aus den widerstrebenden urbanen und feudalen Elementen keine schlagkräftige Einheit. So nimmt das Ringen um Reich und Recht den Ausgang, den Wimpfeling vorhergesagt: „Es wird aber, fürchte ich, bei der Machtlosigkeit der obersten kaiserlichen Gewalt... und bei den vielen im Reich vorhandenen Zwistigkeiten zu Gunsten der fürstlichen Gewalthaber und ihrer Werkzeuge, der Juristen, sich entscheiden..., die Juristen fangen an alles zu überfluten..., ihr Einfluß ist um so verderblicher, weil sie der tyrannischen Fürstenmacht sich dienstbar zu machen beflissen sind, indem sie den Fürsten Anweisung geben, sich über

die Rechte und Freiheit der Landesangehörigen hinwegzusetzen und durch immer neue Steuern sich zu bereichern. Denn mächtiger noch als im Gericht sind sie im Rate der Fürsten, wo sie schon viel länger im geheimen wirken und alles umkehren, was durch die Weisheit der Vorfahren geordnet worden ist und zu Recht bestand.“

„Die Juristen im Rat der Fürsten“ – das sind Vertreter des römischen Rechts. Sie bringen mit sich die Idee des „*Princeps legibus solutus*“ und die Fähigkeit, vermittels des fremden, „gelehrten“ Rechtes der alten landständischen Rechtsprechung das Wasser abzugraben.

Als dagegen in England der „*princeps legibus solutus*“ durch den Stuart-Absolutismus realisiert werden soll, da sind aus den Vertretern des alten Rechts längst parlamentarische Mitregenten geworden. Die enge Verbindung und teilweise Identität der Commons und Lawyers, um 1600 nach Bacons Zeugnis perfekt und verfassungspolitisch wirksam, bedeutete, daß jeder Vorstoß gegen das Recht des Landes mit einer kaum noch teilbaren Interessengemeinschaft von Parliament und Law zu rechnen hatte. Als schützender Ring umschloß die Rechtstheorie Ursprung, Bestand und Vermögen des „Parliamentum“. „Ancient and undoubted birthright and inheritance“ waren die Parlamentsprivilegien. Die „*Lex et consuetudo parliamenti*“, der Prozeßordnung eines CommonLaw-Gerichtes nachgebildet und genau wie diese unantastbar, wurde zur Schranke gegen königliche Eingriffe in Parlamentsverhandlungen. Und ebenso hatte die Krone ein Privileg, welches „*lex*“ und „*birthright*“ zugleich war, zu respektieren. Man muß die Geschichte der Tudor- und Stuartparlamente verfolgen, um zu sehen, wie alle Debatten um „*lex*“, „*privilege*“ und „*birthright*“ scheinbar Scharmützel, in Wahrheit aber Brennpunkte im Kampf um die englische Verfassung sind. Elizabeth, im ganzen noch im Einvernehmen mit dem Parlament, spürt schon die politische Macht, die im Schutze der alten Rechtsformeln groß wird. 1593 versucht sie, das Privileg der Redefreiheit zu beschränken, folgende Mahnung geht ans Unterhaus:

„Ihr müßt euer Privileg verstehen! Das besteht nicht darin, daß jeder rede, was ihm beliebt, oder was zu äußern ihm gerade in den Sinn kommt. Euer Privileg ist, Ja oder Nein zu sagen“¹⁾.

Gegen die Stuarts wird dann das Privileg allmählich vom Schild zum Schwert des Parlaments: „Under pretence of privilege and freedom of speech they take liberty to declare against all authority of Council and Court at their pleasure... Their drift was, by this means, to erect an universal overswaying power to themselves, which belongs only to us, and not to them.“²⁾

Nicht weniger als die Rechtstheorie stützte auch die Rechtspraxis die ständische Mitregierung. Durch die Zurückweisung königlicher Sonderverordnungen bekannten sich die „justices“ und „judges“ der Grafschaften immer wieder zur Gesetzgebung des Parlaments. „Lawful“ und „by way of parliament“ wurden Synonyma. Da das Parlament wiederum die lokale Rechtsprechung vor königlichen Eingriffen schützte, entstand durch die wechselseitige Hilfeleistung ein kräftiger Kontakt zwischen „local“ und „central government“, welcher in breiten Schichten der Bevölkerung „common sense“ und politische Initiative weckte. „The meanest English plowman studies law and keeps thereby the magistrates in awe, will boldly tell them what they ought to do, and sometimes punish their omissions too.“ So Daniel Defoe 1701 in seinem „True born Englishman“.

Die Errichtung parlamentarischer Souveränität war von Karl I. zutreffend vorhergesagt worden. Aber sie sollte erst das Werk einer fernerer Zukunft sein. Zur Zeit der Stuarts ging es um die Vorbereitung des konstitutionellen Staates, um die Erhaltung und Ergänzung bestehenden Verfassungsrechts. James Whitelocke, der später eine der ersten Theorien parlamentarischer Souveränität entwickeln wird, erklärt noch 1610: „In diesem Land ist es unsere Devise, daß es niemandem gebührt, weiser zu sein als das Recht.“ Auch der Machtzuwachs des Parlaments, den die Gesetzgebung von

¹⁾ zit. Redlich 54

²⁾ Karl I. 1629; Gardiner, Documents 94/95

1641 bewirkt, sprengt nicht den Rahmen der alten Verfassungs- und Rechtsvorstellung; noch immer will man den Staat „*according to law*“ einrichten.

Dies Ideal überdauert die rechtswidrig-blamable Hinrichtung Karls I. und auch die Militärdiktatur Cromwells mit ihrem Abbruch geschichtlich-rechtlicher Kontinuität. Die Wiederherstellung der Monarchie bedeutet die Rückkehr zum guten alten Recht, selbst wenn – die neuen Machtverhältnisse symbolisierend – das Parlament nun den König beruft.

Erst die drohende Rekatholisierung unter Jakob II. fordert die „*overswaying power*“ des Parlaments heraus. Hatte noch die Eingangsformel der „*Petition of Right*“ von 1628 sich begnügt mit der Bitte um „*rights and liberties according to the laws and statutes of this realm*“, so ging man in der „*Glorious Revolution*“ von 1688 über das „*Law*“ hinaus. „*As the judges and lawyers, when consulted by the House of Lords, admitted, none of the rules of the common law were applicable to such a case.*“¹⁾ Und also handelte das Parlament „*legibus solutus*“. Es berief in der „*Bill of Rights*“ (1689) Wilhelm von Oranien auf den vakanten Thron und schloß in der „*Act of Settlement*“ (1701) Katholiken von der Thronfolge aus. Gleichzeitig wurde der Krone eines ihrer wichtigsten Einflußgebiete, die Rechtsprechung, endgültig entzogen. Jakob II. hatte noch als oberster Gerichtsherr fungiert und mehrmals Richter nach politischen Gesichtspunkten ernannt und wieder abgesetzt. Nun bestimmte die *Act of Settlement* die Anstellung von Richtern auf Lebenszeit und die Fixierung ihrer Gehälter.

Am Beginn des 18. Jahrhunderts war so der englische Verfassungskampf mit der Niederlage des absoluten Königtums einerseits, dem Sieg der parlamentarischen Verfassung und des nationalen Rechts andererseits entschieden. Zum Common Law, zum allen gemeinsamen Recht gehörten Privatrecht und Verfassungsrecht. Königliche Prärogative und parlamentarisches Privileg waren im Law

¹⁾ Holdsworth VI, 230

verankert, damit sanktioniert, aber auch fixiert und der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte unterstellt. Die freie und unparteiische Wahrung des Law wurde den Richtern ermöglicht durch die Act of Settlement, die mit der Verkündung der richterlichen Unabhängigkeit einem fünfhundertjährigen Ringen um das „Rule of Law“ den erfolgreichen Abschluß gibt.

Zweites Kapitel:

Das Case Law-Prinzip und konkurrierende Rechtsfindungen.

Nun ist das Recht, das da verfassungspolitisch zum Sieg gelangt war, wohl noch nominell, aber weder stofflich noch technisch das Common Law des hohen Mittelalters gewesen. Man hat zwar gesagt, im Bezug auf das Recht sei das englische Mittelalter erst in der Hälfte des 19. Jahrhunderts (mit der Reform des Zivilprozesses) zu Ende gegangen; aber wäre das Common Law wirklich so lange mittelalterlich geblieben, es hätte wohl weder den Sieg von 1701 noch die Reform von 1851 erlebt.

Gewiß ist das Eigentümliche und Besondere der englischen Rechtsentwicklung die Kontinuität. Lehre, Institutionen, Rechtsfindung, Prozeßformen haben sich in der Auseinandersetzung mit fremden Rechtsordnungen behaupten können. Aber sie selbst sind nicht durch Jahrhunderte die gleichen geblieben. Wären sie das, so hätten sie sich eben nicht behaupten können sondern die Führung an neue Rechtsideen und -Institutionen abgeben müssen. Das Geheimnis des Fortlebens und Überlebens bestand in der Fähigkeit und im Willen zur Wandlung und Verjüngung. Das Gesetz dieser Wandlung aber lag im Recht selbst, zutiefst in der Rechtsidee, aber sichtbar auch in der Rechtstechnik, von deren Eigenart und Entwicklung im folgenden kurz die Rede sein soll.

Die Praxis des mittelalterlichen Common Law scheint zunächst weder Wandlung noch Verjüngung zulassen zu wollen. Das Recht ist, seinem Ausgang vom Gericht Heinrichs II. gemäß, Entschei-

dungsrecht, Case Law. Eine Fixierung durch systematische Kodifikation hat es nie erfahren. Auszugsweise findet es sich in Rechtsbüchern autoritativer Bedeutung (Glanville, Bracton, Littleton, Coke u. a.), und vollständig in der Fülle der schriftlich niedergelegten Gerichtsentscheidungen, welche vom Ende des 13. Jahrhunderts an gesammelt wurden. 6540 Bände solcher Law Reports zählte man 1916 in der Harvard Law School Library¹⁾.

Im Mittelalter war die Rechtsfindung nach dem Case Law-Prinzip keine Besonderheit. Die französische „Coutume“ und das deutsche „Weistum“ sind dem englischen „Precedent“ nahe verwandt. Es liegt ihnen die gemeinsame Anschauung zugrunde, daß Recht bleiben solle, was bis dahin Recht gewesen sei, daß also das alte Recht das gute und richtige Recht sei, eine Anschauung, die mit der mittelalterlichen Idee des Rechts als unwandelbarer, gottgesetzter Ordnung verknüpft ist.

Man blickte also rückwärts, in der Rechtstheorie, und so auch in der Rechtspraxis. Ausschlaggebend für die richterliche Entscheidung war die entsprechende Vorentscheidung. „The law should go from precedent to precedent“, so die Regel der englischen Rechtsfindung, formuliert von Bracton in seinem um 1250 abgefaßten Rechtsbuch „De Legibus Angliae“, in welchem er bereits über fünfhundert Fälle des königlichen Gerichts gesammelt hat. Indes, das „Going from precedent to precedent“ hatte seine Schwierigkeiten. Jeder, auch der unkomplizierteste Fall, besaß Singularität, war letzten Endes nicht wiederholbar und noch nicht dagewesen.

„Das Präzedenz“ gab es also so gut wie nie; es gab vielmehr „die Präzedentien“, eine ganze Anzahl ähnlich gelagerter Fälle, deren jeder in irgendeiner Hinsicht maßgebend war. Die Vergleichung von Fall und Präzedenzfällen zog den Akt der Rechtsfindung beträchtlich in die Länge. Es gab Prozesse, die sich über ein Dutzend Jahre erstreckten, ja sogar einen, der ein Alter von neunzehn Jahren erreichte²⁾! In dem staatspolitisch bedeutsamen Fall „De non procedendo Rege Inconsulto“ führt Bacon als Verteidiger der Krone

¹⁾ Radbruch, Universitas 1090 ²⁾ Holdsworth IV, 259

in seinem Schlußplädoyer von 1516 mehr als fünfzig maßgebliche Präzedentien an, die zum Teil fast dreihundert Jahre zurücklagen und ganz unterschiedlichen Rechts- und Verfassungszuständen entstammten, „a cloud of authorities“ nach seinen eigenen Worten¹⁾. Daß solche Wolke von Belegen den Prozeß nicht segensreich beschattete, zeigen die Bestrebungen des 16. Jahrhunderts, die ordentlichen Gerichte mit ihrem Case Law-Verfahren zu beschränken. Es ging dabei nicht nur oder nicht letztlich um die Rechtstechnik. Die neu entstehenden konkurrierenden Gerichtshöfe vertraten neue Rechtsideen: Die Sternkammer war Organ der Staatsräson, welche die Souveränität ihrer Entscheidung nicht durch Präzedentien bestimmt sehen wollte. „In case of necessity no precedent is needed, as they can make an order according to the nature of the thing itself.“²⁾

Das Kanzlergericht, im 15. und 16. Jahrhundert durch Vertreter des kanonischen Rechts besetzt, vertrat gegen den Formalismus des alten Verfahrens die „Equity“, die Gerechtigkeit des Einzelfalles.

Von Italien kam gegen Ende des 15. Jahrhunderts eine neue Technik des See- und Handelsrechtes. In den oberitalienischen Städten waren schon im 13. und 14. Jahrhundert Reformen des mittelalterlichen Prozeßverfahrens angestrebt worden. Man wollte eine Urteilsfindung „sine strepidu et figura iudicii“, „summam et extraordinem“, „summarie et de plano“. Da handelsrechtliche Prozesse auch stofflich beständig in Neuland vorstießen, wurde es üblich, auf den Spruch der Rechtsgelehrten zu verzichten und den Kaufleuten selbst die Schlichtung zu überlassen³⁾. Das bedeutete Verzicht auf die alten Verfahrensregeln und auf die alte Art der Urteilsfindung nach Präzedentien. Was von solchem Law Merchant nach England kam, war also ebenfalls kein Case Law mehr.

¹⁾ Works VII, ed. Spedding, 1879, S. 706

²⁾ Hawarde, Les Reports, zit. Holdsw. IV, 87

³⁾ Leges Genuenses: The officium Mercanzial must take legal advice if they see fit, but generally they must proceed „sine consilio jurisperiti“-Mon. Hist. Pat. XVIII, col. 537, zit. Holdsw. V, 83

Vergleicht man nun die Rechtsfindung der Common Law-Gerichte mit den neuen Verfahren von Sternkammer, Equity oder Law Merchant, so ist man geneigt, das alte Case Law für überholt und ausgedient zu halten. War es nicht Zeit für die Reform des schwerfälligen Verfahrens, für die Lösung der Entscheidung von der Kette der Vorentscheidungen? Die heftigen Wortgefechte, die im Parlament um diese Frage entbrennen, zeigen den Vertretern des Common Law die Krise ihrer Existenz. Und nun beginnt die langsame und kluge Modifizierung des Case Law-Prinzips, die Leistung der Anpassung, durch welche die alte Rechtsfindung weiterlebt und letztlich dominiert.

Die geforderte Loslösung des Falles vom Präzedens wird von den Common Law-Richtern selbst vorgenommen. Die Rechtstheorie räumt für die Handhabung der Präzedentien ein stetig wachsendes Maß richterlicher Freiheit ein, so viel, daß der Richter für „neue“ Fälle neues Recht schöpfen kann, so wenig, daß die Verbindlichkeit des alten Rechts und der alten Rechtsfindung prinzipiell erhalten bleibt. Diese Modernisierung des Case Law-Verfahrens ist in der Rechtstheorie nachweisbar. „Case“ und „Law“ werden begrifflich voneinander getrennt; Edward Coke und Matthew Hale, die bedeutendsten Common Law-Juristen des 17. Jahrhunderts, betonen, daß die richterliche Entscheidung wohl Repräsentant, aber nicht im materiellen Sinne Teil des Rechts ist. Ihre Verbindlichkeit resultiert nicht aus ihrer stofflichen oder strukturellen Kompetenz, sondern aus der ihr innewohnenden „ratio“. Was unter dieser „ratio“ zu verstehen ist, erläutern die Juristen des 18. Jahrhunderts: „The law of England is not confined to particular precedents and cases, but consists in the reason of them; »ratio legis est anima legis« and »ubi eadam est ratio, idem est jus« are known maxims.“¹⁾ „Neither law nor equity consists merely of casual precedents, but of general rules and principles by the reason of which the general cases coming before the courts of justice are to be governed.“²⁾

1) C. B. Parker, 1748, „Omichund v. Barker“, zit. Holdsw. XII, 156

2) Lord Hardwicke, 1750, „Gorton v. Hancock“ zit. Holdsw. XII, 156

„The law does not consist of particular cases, but of general principles which are illustrated and explained by those cases.“¹⁾

Den drei Auslegungen gemeinsam ist die Vorstellung, daß das Law im Sinngehalt, in der Rechtsweisheit der richterlichen Entscheidung steckt. Formalismus und Materialismus des Case Law-Prinzips sind damit überwunden. Es wird möglich, strukturell und stofflich zuständige Präzedentien auszuschalten, ohne das Recht zu verletzen, ja gerade um das Recht nicht zu verletzen.

Diese Modifikation der Theorie gewährleistet die Fortentwicklung des scheinbar starren Case Law in der Rechtspraxis. Die Feststellung und Auslegung der Präjudiz-ratio ist Sache des Richters. Er hat damit die Möglichkeiten der reproduktiven und auch der produktiven Rechtsprechung. „Die auf dieser Grundlage erwachsene Methodik des Case Law ist zu einer raffinierten Subtilität ausgebildet, insbesondere, soweit es gilt, unbequeme Präjudizien als unverbindlich auszuschalten. – Man sucht entweder nachzuweisen, daß der gegenwärtige Fall anders gelagert sei als derjenige, der dem Präjudiz zu Grunde lag, oder aber, daß der scheinbar in diesem Präjudiz niedergelegte Rechtssatz in ihm in Wahrheit nicht enthalten sei.“²⁾

Doch darf diese richterliche Freiheit nicht überschätzt werden. Sir Frederick Pollock betont ausdrücklich, daß eine Vorentscheidung „though not absolutely binding – will be followed in the absence of strong reasons to the contrary,“³⁾. Das heißt, daß die Verbindlichkeit der Vorentscheidung noch immer die allgemeine Regel ist, welche Abweichungen nur aus zwingenden Gründen gestattet. Und tatsächlich entschließt sich der englische Richter sehr selten zum „Overruling“ eines Präjudiz. Stets ist er darauf bedacht, die Verbindlichkeit des Vorurteils zur Geltung zu bringen. Selbst da, wo er offensichtlich von ihm abweicht, bemüht er sich, es durch leise Umdeutung mit seiner freien Urteilsfindung in Einklang zu brin-

¹⁾ Lord Mansfield, 1783, „R. v. Bembridge“, zit. Holdsw. XII, 156

²⁾ Radbruch, Rechtsquellen, Universitas 1091

³⁾ A first book of Jurisprudence (1. ed.) 299/300, zit. Holdsw. XII, 146/47

gen. Er wird nie „ohne rechtsgeschichtliche Bekleidungsstücke vor der Öffentlichkeit erscheinen“. ¹⁾ Seine Tätigkeit ist reproduktiv und produktiv zugleich, das Recht, das er verwaltet, ist alt und neu, verbindet Vergangenheit und Gegenwart. Es läßt sich so weitgehend auf das Common Law beziehen, was Fritz Kern vom mittelalterlichen Gewohnheitsrecht geschrieben hat: „Es bleibt jung, immer unter der Theorie, daß es das alte sei; doch in Wirklichkeit ist es ein unaufhörliches Zusammenwachsen neuen idealen Rechts mit altem positiven. Das geschriebene positive Recht aber kann vom Buchstaben nicht los, solange nicht ein neuer Buchstabe den alten getötet hat, und habe auch das Leben den alten Buchstaben längst zum Tode verurteilt: Der tote Buchstabe behält vorerst über das Leben recht. Das Gewohnheitsrecht gleicht dem Wald, der sich stets verjüngt und in hundert Jahren ein anderer wird, obwohl er von außen derselbe „alte“ Wald ist, wobei das langsame Wachsen auch ein langsames, unmerkliches Modern anderer Teile bedingt. Das positive geschriebene Recht gleicht in seiner Verjüngung ruckweise einsetzenden Erdrevolutionen: wenn Vernunft Unsinn, Wohltat Plage geworden ist, so bedarf es einer einmaligen bewußten Abänderung, bis zu der hin kein allmähliches Absterben des Alten erlaubt ist.“ ²⁾

Die gleiche Wandlung und Verjüngung, die das Case Law durchgemacht hat, verhilft auch anderen Verfassungsprinzipien und Institutionen des englischen Mittelalters zum Fortbestand in der Neuzeit. „Adaptation“, „Modification“ waren immer wieder die Parolen, unter denen sich die Auseinandersetzung mit fremden Rechts- und Verfassungsprinzipien vollzog. Das „Rule of Law“, das „Local Self Government“, das „Parliament“, sie alle gaben nicht auf, aber sie gaben nach. Sie wandelten sich, paßten sich an, verjüngten sich, immer unter der Fiktion, daß sie noch die alten seien. Besonders gut läßt sich die Anpassung im Prinzip des Rule of Law verfolgen, dessen Entwicklung mit der des Case Law-Prinzips eng verknüpft ist.

¹⁾ Dibelius I, 358 ²⁾ H. Z. 115, S. 514

Bis zur Mitte des 16. Jahrhunderts dominiert die mittelalterliche Anschauung, daß das Recht im Staat souverän sei – Recht hier verstanden als Summe der seit „time out of memory“ geltenden Rechts- und Verfassungsprinzipien, die das Ansehen einer unwandelbaren Ordnung genossen. Die Devise „Non est enim rex, ubi dominatur voluntas et non lex“¹⁾, wurde praktisch so verwirklicht, daß, wenn immer staatliche Gewalt sich rechtsetzend betätigte, dies in den Formen der Rechtsprechung, d. h. der Wahrung und Wiederherstellung der bestehenden Rechtsordnung geschah.

Diese Praxis fand ihr Ende, als im 16. Jahrhundert die Krone die Herrschaft über das Recht beanspruchte, zunächst nicht behindert von dem noch relativ unselbständigen Parlament. Die Gesetzgebung, die bis dahin durch die „Petition“, die Bitte um Recht, ausgelöst wurde, befreite sich von der Form des Urteilsspruches und gab der „Bill“ die Bedeutung des rechtschaffenden Gesetzes, welches seine Autorität in sich trug und von den Gerichtshöfen respektiert werden mußte. Coke berichtet über die Verselbständigung der Gesetzgebung im vierten Band seiner „Institutes“: „I had it of Sir Thomas Hardye, knight, a grave and reverend judge of the King's Bench, who lived at that time, that King Henry VIII. commanded him to attend the chief Justices and to know whether a man that was forthcoming might be attainted of High Treason by Parliament, and never called to his answer. The judges answered that it was a dangerous question, and that the High Court of Parliament ought to give exemples to inferiour Courts for proceeding according to justice. But being by the express commandment of the King, and pressed by the said Earl (Cromwell) to give a direct answer: they said that if he be attainted by Parliament, it could not come in question afterwards, whether he was called or not to answer – Facta tenent multa, quae fieri prohibentur; the Act of Attainder being passed by Parliament did bind as they resolved.“²⁾

¹⁾ Bracton, f 5 b

²⁾ Inst. IV, 37/38

In solchem „overruling“ der alten Gesetzgebung bahnte Heinrich VIII. den Weg zum Absolutismus. Das Rule of Law wäre ihm hier wie in anderen Staaten zum Opfer gefallen, hätte es nicht in Zugeständnissen an diesen Absolutismus die Bedingung seines Weiterbestehens gefunden. Zwar beugte es sich nicht der Krone, wohl aber dem aus den Verfassungskämpfen als stärkste Macht hervorgegangenen Parlament. Die Frage liegt hier nahe, ob die Unterordnung des Law unter das Parlament nicht gleichbedeutend sei mit einer Unterordnung unter die Krone. Ist nicht hier wie dort das Rule of Law seiner Wirksamkeit beraubt, die Anpassung zur Selbstaufgabe geworden?

Dem läßt sich entgegenen, daß der Sinn des Parlaments und der des Rule of Law im 17. Jahrhundert ja weitgehend im Einklang gestanden haben, auch dann noch, als am Beginn des 18. Jahrhunderts das Parlament die Übermacht im Staat errungen hatte. Die parlamentarische Vertretung und die Gerichte des Gemeinen Rechts waren Garanten der Untertanenfreiheit; solange das Parlament diese Freiheit verteidigt hat, ist sein Verhältnis zu den Common Law Courts eher Bundesgenossenschaft als Bevormundung gewesen. Daß allerdings nicht nur königliche sondern auch parlamentische Willkür gegen das Law verübt wurde, zeigt eine Untertanen-Adresse „An beide Häuser“ aus der Zeit Karls II.: „Wenn ich schon ein Sklave sein und meine Freiheit verlieren muß“, so heißt es da, „kann ich sie ebenso gut an einen als an mehrere verlieren. Ob der König oder das Unterhaus die Magna Charta aufheben, beides ist meiner Freiheit gleich abträglich... Und um die Wahrheit zu sagen: Nach dem, was jüngst geschehen ist... könnte man denken, daß für unsere Volkstribunen die Willkür ein kostbares Ding ist, welches sie nur in Verruf bringen, solange es der Monarch besitzt.“¹⁾

Mit dem Machtzuwachs des Parlaments im Laufe des 17. Jahrhunderts mögen wohl solche Beschwerden im Namen des Law oftmals fällig gewesen sein. „The supremacy of the law was coming to

¹⁾ Zit. Holdsw. VI, 188. (Somers' Tracts VIII, 228/29)

mean the supremacy of parliament”¹⁾). Die Übergabe ging nicht reibungslos vonstatten, auch ist sie keine bedingungslos gewesen. Die Gerichtshöfe griffen ein, sobald das Parlament sich in seinen Kompetenzen *legibus solutus* erachtete und die Freiheit des einzelnen gefährdete. “The privileges of the House of Commons are well known, and are founded upon the law of the land, and are nothing but the law – if they declare themselves to have privileges, which they have no legal claims to, the people of England will not be estopped by that declaration.”²⁾

Diese Gerichtsentscheidung, im 18. Jahrhundert vom Parlament mehrfach angefochten, im 19. Jahrhundert aber anerkannt, zeigt, daß die Idee des Rule of Law noch immer mächtig genug war, die Macht des Parlaments an das Recht zu binden und den einzelnen vor staatlicher Willkür zu schützen.

Anpassung, „Adaptation“ war es gleichermaßen, durch die sich das lokale „Self Government“ gegen die Zentralisierungstendenzen des King’s Council behauptete. Kein besoldetes Beamtentum hat den Friedensrichter verdrängen können, der vom 13. Jahrhundert an Träger der lokalen Verwaltung war. Er bestand die strenge Überprüfung seines Amtes, die im 16. und frühen 17. Jahrhundert durch die Beauftragten des King’s Council durchgeführt wurde. Er wies sich als brauchbares Werkzeug strafferer Reglementierung aus, indem er berechnete Reformforderungen nicht abwies sondern erfüllte. Bereitwillig leistete er die neuen Verwaltungsarbeiten der Preisregelung, Armenpflege und des Wegebau. Da jede neue Pflicht zugleich Zuwachs an Macht und Einfluß bedeutete, erzog sich der Absolutismus in den Trägern der Lokalverwaltung die kräftigsten Widersacher seiner zentralistischen Tendenzen, sodaß das Self Government von den Rechtsgelehrten des 18. Jahrhunderts als Bollwerk der englischen Freiheit gepriesen werden konnte.

Und auch das Parlament hat sich behauptet, weil es die Verwirklichung neuer Ideen nicht neuen Institutionen überließ sondern

¹⁾ Holdsw. IV, 187

²⁾ C. J. Holt, 1704/05, „Ashby v. White“ und „Paty“, zit. Holdsw. VI, 271

selbst übernahm. Von der Repressive ging es zur Präventive über, begegnete dem Absolutismus von Krone und Council mit dem eigenen Griff nach der Souveränität. Damit ist freilich die alte verfassungsrechtliche Bedeutung des Parlaments – trotz der Kontinuität der Institution – aufgehoben worden. Das kabinettbeherrschende Unterhaus des späten 18. Jahrhunderts hat mit der bescheidenen Rahmenfüllung der alten Curia Regis kaum noch etwas gemein. Die Mitregierung ist zur Alleinregierung geworden, wiederum allerdings auf die bewährte Weise der kaum merklichen Modifikation, durch „Convention“, d. h. stillschweigende Übereinkunft der Beteiligten. Die machtpolitische Entwicklung der letzten hundertfünfzig Jahre ist verfassungsrechtlich sozusagen „nicht gemeldet“, das Kabinett z. B. „a body unknown to the law!“ „.. it has no legal powers, rights or duties..“¹⁾ In der Bevorzugung des convention zeigt sich wiederum der Wille zur Kontinuität, zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Brüche.

Drittes Kapitel:

Das englische Rechtsdenken in der Auseinandersetzung mit fremden Rechtsideen.

Wenn soweit die rechtspolitische und rechtstechnische Entwicklung des Common Law – im Rahmen der englischen Verfassung – skizziert ist und als Prinzip dieser Entwicklung die Kontinuität verzeichnet ist, so bleibt noch offen die Frage nach der ideellen Sanktion jenes Prinzips. Woher bezogen die Richter des Common Law, die Verwalter der alten Grafschaften, die Vertreter im Parlament den beharrlichen Willen zur Kontinuität und die Kraft zu lebensfähiger Wandlung und Verjüngung ihres Rechts?

Die Frage scheint müßig. War alle Anpassung nicht einfach Verteidigung, Notwehr? Kämpfte man nicht zugleich um das alte Recht und um die eigne politische Existenz? Standen und fielen nicht mit dem Common Law auch die alten Gerichte, die Selbst-

¹⁾ Maitland 242.

verwaltung der Grafschaften und das Parlament? Was bedurfte es da zur Verteidigung des Rechts noch des Wissens um seinen Wert! Dennoch ist der Abwehrkampf der Common Lawyers mehr als nur ein materieller, ein Machtkampf gewesen. Steckte in den rivalisierenden Sondergerichten der Impuls fremder Rechtsideen, so ging auch das rechtspolitische und rechtstechnische Ringen des alten Rechts von einem Zentrum geistigen Widerstandes aus.

Dies Zentrum war Westminster. Nahe dem großen Gerichtshof, in der einstigen Niederlassung des Templer-Ordens, hatten sich schon im 14. Jahrhundert Lehrer und Schüler des Common Law in der Ordnung einer Gilde zu gemeinsamer Arbeit und gemeinsamem Leben zusammengeschlossen.

„Law Schools make tough law“ – Rechtsschulen machen zähes Recht!¹⁾ Das gilt für die Inns of Court von Westminster. Die Ausbildung eines guten rechtskundigen Nachwuchses gewährleistete immer aufs neue die Kontinuität der Lehre. Bald hatte die Gilde das Monopol der Richterausbildung erlangt. Nur durch ein Rechtsstudium in den Inns of Court konnte man über den Rang des Barrister hinaus zum höchsten juristischen Stand des Judge gelangen. Das bedeutete, daß keiner mehr Richter wurde ohne Kenntnis des Common Law.

Überdies stellte die Gilde nicht nur juristisch, sondern allgemein geistig eine Macht dar. Ob ihrer gediegenen Unterweisung in Künsten und Wissenschaften stand sie in hohem Ansehen. „History“, „Music“, „Scripture“, „Dancing“ wurden gelehrt, sodaß die Vornehmen auch die nicht zum Rechtsstudium bestimmten Söhne zur Allgemeinbildung in den Inns of Court hospitieren ließen.

John Fortescue vergleicht in seinem um 1470 geschriebenen Rechtsbuch die feierliche Verleihung einer hohen juristischen Würde innerhalb der Gilde mit der Weihe eines Bischofs. Daß der Vergleich nicht hinkt, zeigt die Schilderung Dugdales von der Einsetzung eines Serjeant at Law (Leiters der vier Inns of Court) um die Mitte des 17. Jahrhunderts²⁾. Dort heißt es:

¹⁾ Maitland, Engl. Law. and Renaiss. ²⁾ Dugdale, Orig. Jud. C. III

„Am Morgen des Tages, an dem der erwählte Serjeant öffentlich seinen neuen Rang erhalten soll, werden Wein und Backwerk zu dem Hause der Serjeants und Judges gesandt und auch zu jenem Haus, da der neue Serjeant bisher gewohnt hat. Danach begeben sich alle „bencher“ und „barrister“ zum Hause der Serjeants, wo die alten Serjeants sich bereits paarweise aufgestellt haben – –“. „Und von da aus ziehen sie langsam zur Westminsterhalle. In der Nähe der Halle bleibt der neugewählte Serjeant ein wenig zurück und legt seinen mehrfarbigen Talar an, und dann betritt er den Raum, worauf der dort schon versammelte Gerichtshof seine Arbeit einstellt. Zwei von den alten Serjeants verlassen die Gerichtsschranken mit feierlicher Verneigung und gehen dem neuen Serjeant entgegen. Auf halbem Wege wenden sie sich mit einer zweiten Verbeugung dem Gerichtshof zu, und wenn sie bei dem neuen Serjeant angelangt sind, machen sie dem Gerichtshof die dritte Reverenz. Und dann, nach einem kleinen Verweilen, schreiten sie zu den Schranken zurück, mit dem neuen Serjeant in der Mitte, und machen wiederum ihre drei Verbeugungen.“ Hat dann der Kandidat eine überzeugende Probe seines juristischen Könnens in „Law French“ abgelegt, so gilt die Einsetzung als vollzogen. „Und nun zieht der erwählte Serjeant durch die Schranken in den Gerichtshof ein, kniet nieder – – und leistet den Serjeant-Eid, worauf der Lord-Oberrichter des Oberhofgerichtes ihn mit weißem Barett und Ornat bekleidet.“

Eine Institution von solcher geistigen Würde und Macht ließ sich von den römisch-rechtlichen Lehrstühlen der Universitäten nicht meistern. Sie dominierte nicht nur rechtspolitisch, durch das Monopol der Richterausbildung, sondern, wichtiger noch, rechtsphilosophisch, durch die Fundierung und beständige Sublimierung jenes Staats- und Rechtsdenkens, das die verfassungsmäßige Struktur Englands bestimmt hat.

a) Ein Serjeant at Law und der Court of Equity.

Die ideelle Auseinandersetzung zwischen dem mittelalterlichen Recht und fremden Rechtskomplexen beginnt nicht erst in der Renaissance. Den ersten Angriff auf die Einheit von Alt und Gut tätigt vielmehr schon das kanonische Recht. Die *Ecclesia militans* Gregors VII. schafft zur Stützung ihres Herrschaftsanspruchs eine Soziallehre, welche allein die weltfeindliche Haltung des Christentums zum Ausdruck bringt. Der Staat ist Kainsgründung, Ordnung des Sündenstandes; der Einfluß der germanisch-christlichen Idee des Königtums, der noch im karolingischen Staat dominiert hatte, wird zurückgedrängt. In dem Maße, als staatliche Ordnung für unzulängliches Menschenwerk ausgegeben wird, zerfällt das Kernstück der mittelalterlichen Rechtsanschauung, die Lehre vom göttlichen Sinn des menschlichen Rechts. Nicht mehr das weltliche, sondern das kanonische Recht verkörpert die gottwohlgefällige Ordnung. Es wird, wiewohl selbst aus Überlieferung und Gewohnheit bestehend, zum „revolutionären Recht des Mittelalters“, zum „Sauerteig, durch welchen auch das bestüberlieferte Gewohnheitsrecht als unvernünftig, d. h. gottwidrig erkannt und abgeschafft werden konnte.“¹⁾

Vollzog sich diese Scheidung von heilig und profan wie auf dem Kontinent, so auch in England, so war sie doch hier weniger umfassend und radikal. Das englische nationale Königtum wurde nicht zum universalen Kaisertum, welches neben der Würde auch die Bürde empfing, Schirmer der Kirche und des wahren Glaubens zu sein. Gewiß gab es auch in England einen Heinrich III., der ähnlich wie Karl V. aus religiöser Überzeugung die Interessen seines Landes denen der Christenheit unterordnete und der dem Papst die Vergebung der englischen geistlichen Pfründen an Italiener gestattete. Stärker aber war die kontinuierliche verfassungspolitische Abwehr der kurialen Einflüsse. Es sei nur erinnert an die „Constitutions von Clarendon“ (1164), welche die Einschränkung der

¹⁾ Fritz Kern, 508

kirchlichen Gerichtsbarkeit bezweckten, ferner an die zahlreichen Parlamentsakte des 14. Jahrhunderts, die „Statutes of Praemunire“ (1353, 65, 93) gegen päpstliche Eingriffe in Kronrechte. Im Schutz dieser verfassungsmäßigen Sicherung konnte Wiclif seinen Angriff auf den „besitzenden“ und „cäsarianischen“ Klerus wagen, wofür er vom König mit der Verleihung einer Pfarrei belohnt wurde, und als die politisch-nationale Begründung seines Kampfes längst zu einer religiösen geworden war, durfte er dennoch auf seiner Pfarrei eines natürlichen Todes sterben; der Scheiterhaufen blieb ihm erspart.

Indes ist es trotz der verfassungsmäßigen Abwehr kurialer Einflüsse auch in England zu einer ideellen Bedrohung des Common Law durch Gedankengut des kanonischen Rechts gekommen, und zwar mit der Einrichtung des Court of Equity um die Mitte des 15. Jahrhunderts.

Bis etwa 1350 waren die Begriffe „equity“ und „justice“ bedeutungsgleich gewesen. Das Recht, welches an den ordentlichen Gerichten gesprochen wurde, war das gerechte und das billige zugleich gewesen, hatte objektives und subjektives Recht in Einklang zu bringen gewußt. Mit der systematischen Durcharbeitung des Common Law durch die Inns of Court und durch die formalistische Handhabung des Case Law-Prinzips ergaben sich jedoch Härten in der Rechtsprechung, die ein Auseinandertreten von Gerechtigkeit und Billigkeit zur Folge hatten. Dieser Mißstand führte zur Einrichtung eines besonderen Equity-Gerichtes, welches in Aktion trat, sobald die Entscheidung des ordentlichen Gerichts, trotz Einklang mit „Statute“ oder „Precedent“, die Gerechtigkeit nicht verwirklicht hatte. Verantwortlich für die Entscheidungen dieser korrigierenden Jurisdiktion war das Gewissen des Kanzlers (Chancellor's), der dem Equity-Gericht präsiidierte.

Da aber das Gewissen zu keiner Zeit ein absolutes, zeitloses gewesen ist, sondern Ausdruck der jeweils herrschenden Ordnung religiöser und sittlicher Werte, so besann sich auch der Chancellor mit der Befragung seines Gewissens letztlich auf solche Werte,

mochte er sich öffentlich zu ihnen bekennen oder nicht. Von der Einrichtung des Court of Equity bis zum ersten Viertel des 16. Jahrhunderts waren die Kanzler ausschließlich Geistliche, und ihr Gewissen war dementsprechend „geistlich“. „Every law“, sagt ein Chancellor 1489¹⁾, „should be in accordance with the Law of God, and I know well that an executor who fraudulently misapplies the goods and does not make restitution, will be damned in Hell, and to remedy this is, as I understand it, in accordance with conscience.“

Diese Äußerung demonstriert den Sinn der Equity-Rechtsprechung und die daraus folgende veränderte Situation der Common Law-Gerichte. Hatten sie sich bis dahin für Verwalter eines gerechten Rechts gehalten, so erwuchs ihnen nun im Court of Chancery ein Gerichtshof, welcher offenbar die Gerechtigkeit nach höherem Maßstab zu messen verstand als sie selbst. Das Verfahren der Equity zeigte, daß das Law of God anderes gebieten konnte als das Common Law, und zwar sowohl ihm entgegen als auch über es hinaus. Da wurde plötzlich bestehendes Recht korrigiert oder annulliert, und es wurde nicht vorhandenes Recht neu geschaffen; Lücken im Common Law wurden ausgefüllt, Entscheidungen ohne Vorentscheidungen getroffen. „Continuity is the characteristic feature of the history of the common law. An absence of continuity is the characteristic feature of the early history of equity“²⁾. Die Urteilsfindung des Common Law war kontinuierlich, bedacht auf die Wahrung bestehender Rechtsprinzipien, gebunden an die Law Reports vorausgegangener Generationen. Die der Equity war revolutionär. Diente das Gewissen des Chancellor vom 15. bis zum 16. Jahrhundert als Sprachrohr kanonischer Rechtsanschauungen, so sollte es in der darauffolgenden Zeit ein Organ der königlichen Politik werden. In diesem Sinn hat dann Wolsey das Kanzleramt verwaltet und das Law of God durch die Prärogative des Königs ersetzt.

¹⁾ Y. B. Henry VII. Hill. pl. 8, zit. Holdsw. V, 222

²⁾ Holdsw. V, 215

Fragen wir aber, wie die Vertreter des Common Law auf die rivalisierende Existenz der Equity-Courts reagiert haben:

Da ist die „petition of divers students of the common law to the Lord protector of the privy council“ aus dem Jahr 1547¹⁾, enthaltend die Bitte um Unterstützung des Common Law und seiner Institute, denn dasselbe sei „many times altrid and violated by reason of Decrees made in the Court of Chauncery...“. Und in der Sammlung parlamentarischer Gesetze und Gesetzesvorlagen findet sich eine Bill von 1614 „To prevent any proceedings in other courts after judgement at common law“.²⁾ Beides deutet an, daß die lawyers die Bedrohung ihrer Existenz begriffen hatten.

Vor der Einbringung von Bittschrift und Bill schon begannen sie die theoretische Auseinandersetzung mit den Prinzipien des neuen Gerichts, welche in den „Two Dialogues between the Doctor of Divinity and the Student of the Common Law“ um 1525 erschienen waren. Von dem Verfasser Christopher St. Germain (gest. 1540) wird berichtet, er habe neben dem englischen Recht vorzüglich das kanonische studiert und sich eingehend mit den religiösen Problemen der Zeit beschäftigt. Das für unsre Untersuchung Wesentliche seiner Schriften ist die Basierung der Equity-Rechtsprechung auf das „Law of God or Reason“, welches vermittels des Gewissens gefunden wird. Das Gewissen ist, wie Holdsworth³⁾ es formuliert, „the executive agent in the work of applying to individual cases the dictates of the Law of God or Reason“, wobei unter Reason hier noch nicht die menschliche, sondern die göttliche Vernunft zu verstehen ist, im Sinne der thomistischen Ratio Aeterna⁴⁾.

Die Konkretisierung dieses Law of God in der Rechtsprechung des Equity-Court erfolgte durch Auslegung der Heiligen Schrift, aber auch durch unmittelbare Anwendung kanonischer Rechtssätze.

Die Erwiderung der Common Lawyers auf die beiden Dialoge von

¹⁾ Acts of the privy Council 1547-50 pp. 48-50, zit. Maitland, Renaissance 78

²⁾ Hist. MSS. Com. 3rd Rep. App. 15

³⁾ V, 268

⁴⁾ darüber Troeltsch, Soziallehren 257

St. Germain übernimmt ein bis heute nicht namentlich ermittelter Serjeant der Inns of Court. Er mag wohl der Ansicht gewesen sein, daß besser noch als sein Name ihn die Würde seines hohen beruflichen Ranges ausweise – jedenfalls zeugt der Stil seiner Stellungnahme von solchem Selbstbewußtsein. Der Titel seiner Schrift, die wohl kurz nach der von St. Germain erschienen ist: „A Replication of a Serjaunte at the Lawes of England, to certayne Pointes alleaged by a Student of the said Laws of England in a Dialogue in English between a Doctor of Divinity and the said Student“.¹⁾

Die „Replication“ bestreitet zunächst für einen bestimmten Rechtsfall die Kompetenz des Kanzlergerichts und führt von da aus den allgemeinen Angriff gegen das Prinzip der Equity, d. h. gegen die Rechtsfindung durch Auslegung des Law of God mittels des Gewissens.

Zunächst die Einwände gegen die Rechtsquelle der Equity, das Law of God: Eine Denkleistung ist die Argumentation des Serjeant nicht; sie hat es wohl letztlich nicht nötig, das zu sein, denn sie kommt aus dem Glauben. Fest steht noch das metaphysische Fundament und damit der verdiente Primat des alten Rechts. Die Schrift ist eines der letzten Zeugnisse der ungebrochenen mittelalterlichen Rechtskonzeption. Alles, was gegen das Law of God als Rechtsquelle der Equity eingewendet wird, setzt voraus, was eigentlich bewiesen werden soll: Daß nämlich dem göttlichen Gebot nicht die Equity, sondern das Common Law entspricht.

Der Serjeant behauptet z. B., das Equity-Verfahren verstoße gegen die Vernunft, weil es dem Common Law die unbedingte Gültigkeit nehme, ferner schade es dem „Common Well“ des Reiches, weil es dessen Rechtsordnung verwirre, und drittens leugne es das Wesen des Law of God, denn dieses sei in sich selbst ohne Widerspruch und könne nicht in ein- und demselben Fall in zwei Gerichtshöfen zwei verschiedene Urteile auslösen.

Diese Argumente gehen von der festen Überzeugung aus, daß alles Positive beim alten Recht ist, das Staatswohl, das Vernunftgesetz

¹⁾ Hargrave, Law Tracts I, 323-31

und eben auch das Law of God, welches die Equity für sich beansprucht hatte. „The lawe of man is made principally to cause the people the lawe of God“. Diese Mission des Common Law bedeutet Sanktion und damit verdienten Vorrang vor dem Equity-Recht.

Auch das Gewissen als Organ der Equity-Rechtsfindung wird in Frage gestellt. „Das Gewissen“ läßt der Serjeant überhaupt nicht gelten; Allgemeinbegriffe sind für ihn nicht diskutabel, „for every man knoweth not so well what conscience is as you Mr. Doctour!“ –

„Divers men – divers conscience“, das ist die Erfahrungsweisheit des Rechtspraktikers. Jedermanns Gewissen aber kann kein objektives Wissen, nur ein subjektives Dafürhalten des Guten und Rechten sein; „discretion“ nennt es der Serjeant, in der abwerten- den Bedeutung des Gutdünkens. Dies Gewissen, einen Faktor „of great uncertainty“, zur Rechtsfindung heranziehen, heißt, das subjektive Rechtsgefühl zum Richter ernennen, oder, wie John Selden es hundert Jahre später formulieren wird: „Das Gewissen des Kanzlers zum Maßstabe der Billigkeit machen, ist, als ob man den Fuß des jeweiligen Kanzlers zum Längenmaß machen wollte“.¹⁾

Das Gewissen hat bei der Rechtsprechung nicht mitzusprechen – das fordert der Serjeant nicht nur für die Equity, sondern auch für die eigne Rechtsfindung nach dem Case Law-Prinzip. Er steht noch ganz in der Zeit des strengen und zähen mittelalterlichen Rechtsformalismus, ist weit entfernt von der Modifikation des 17. Jahrhunderts, die in zunehmendem Maße richterliche Gewissensfreiheit für die Rechtsfindung einräumen wird.

Noch gibt es zwischen Recht und Gewissen keine Diskordanz:

„Mr. Student ye speake moche of conscience, and you move a question, whether conscience shall be ruled after the lawe, or that the lawe shall be left for conscience. Me thinketh that the lawe ought not to be left for conscience in no case: for the lawe commaundeth all that is good for the common wealthe to be donne, and prohibiteth all things that are evill and against the common weale. Wherefore if ye observe and keepe the lawe..., ye shall not neede to

¹⁾ Radbruch, Universitas 1089

study so much upon conscience; for the lawe of the realme is a sufficient rule to order you and your conscience what ye shall do in everie thinge, and what you shall not do. If ye therefore follow the lawe truly, you cannot do amisse nor offende your conscience.“

Eine massive Gesetzesethik! Unter der Bedingung, daß das Common Law zu jener Zeit nun wirklich das gute und gerechte gewesen sei, könnte man der Versöhnung von Law und Gewissen ja zustimmen. Aber eben da, in der Qualität des Rechts, hat die Polemik des Serjeant keinen Rückhalt. Denn gut ist es um das Recht des Reiches nicht bestellt gewesen. Die erste Hälfte des 16. Jahrhunderts, die Entstehungszeit unserer Schrift, bezeichnet sein Minimum an Wirksamkeit und Würde. Es reichte weder inhaltlich noch technisch zur Bewältigung moderner Rechtsprobleme aus. Das Anliegen der Equity ist um diese Zeit ein echtes, notwendiges gewesen, denn Common Law und Gewissen standen sehr oft nicht mehr in Einklang. Gerechtes Recht ist zu dieser Zeit im Court of Chancery gesprochen worden, und die Common Law Courts haben verdientermaßen hart um ihren Bestand ringen müssen, bis sie den Sinn der „Healthy Rivalry“ (Holdsw.) begriffen hatten.

„In 1535, the year in which More was done to death the year Books come to an end: in other words, the great stream of law reports that has been flowing for near two centuries and a half ever since the days of Edward I. becomes discontinuous and then runs dry . . . Then in 1547 just after King Henry's death a wail went up from divers students of the common law! The common laws, they said were being set aside.. so much that the old courts had hardly any business. Ten years later at the end of Mary's reign, we read that the judges had nothing to do but to look about them, and that for the few practitioners in Westminster Hall there was elbow room enough“.¹)

In dieser Zeit der größten Flaute hat der Serjeant seine Rechtsverteidigung und -Verherrlichung geschrieben. Es ist zuzugeben, er war kein kritischer Kopf. „Er war im Common Law gebildet und in

¹) Maitland, Renaissance, 21/22

sonst nichts. Er war völlig unfähig, die Tatsache einzusehen, daß dies Common Law Mängel hatte.“¹⁾ Und es ist ferner zuzugeben, daß gerade das Kernstück seiner Schrift, die Harmonie von Gott und Recht und Gewissen, auf dem Hintergrund der offenbaren Rechtskrise wenig überzeugend wirkt.

Dennoch hat seine „Replication“ eine tüchtige Leistung und ein echtes Verdienst um das Common Law aufzuweisen: Die Berufung auf das, was neben der metaphysischen Sanktion den Wert des alten Rechts ausmachte. Und das war nicht wenig:

„Common“ war das Recht, allen gemeinsam und für alle das gleiche. „The king’s judges of this realme that be appointed to minister his lawes of his realme be sworne to minister his lawes indifferently to the kinges subjects . . .“! Das bedeutete für die Untertanen Rechtssicherheit und Freiheit. Die Equity aber drohte diese Freiheit aufzuheben, weil sie einzelne dem alten Rechtsverband entzog und fremden Rechtsprinzipien unterstellte. „Wenn die Bürger eines Staates gezwungen werden, vom Recht des Staates abzuweichen und sich vom Gutdünken eines Mannes regieren zu lassen, was kann unsicherer sein als dieses?“ Der gleiche Impuls der Freiheit, der hier die außerordentliche Rechtsprechung zurückweist, wird später der außerordentlichen Gesetzgebung, den „Ordinances“ der Stuarts widerstehen. In beiden Fällen soll das Recht vor der „Discretion of one man“ bewahrt bleiben.

Zum zweiten betont der Serjeant immer wieder, das Common Law habe gegenüber der Equity den Vorzug, „plaine and open“, also zugänglich und bekannt zu sein. Vom rechtstechnischen Standpunkt aus versagt dies Argument. Gerade die Unübersehbarkeit und Widersprüchlichkeit der Law Reports hatte die Ausbildung der Equity notwendig gemacht. „Thys ys no dowte but that our law and ordur thereof ys over-confuse . . . There ys no stabyl grounde therin, nor sure stay . . . The jugementys of yerys (Year Books) be infynyte and ful of much controuersy . . .“²⁾

Doch darf das Prädikat „plaine and open“ wohl nicht auf die stoff-

1) Holdsw. V, 269 2) Thomas Starkey, zit. Maitland, Renaissance 41

liche und technische Rechtsbeschaffenheit bezogen werden. Es ist in einem tieferen Sinn gemeint. „Plaine and open“ war der Geist des Common Law, das, was die Rechtsgelehrten des 18. Jahrhunderts unter den „general rules“ und „guiding principles“ verstanden haben. „Rule of Law“, „Judgement according to law“, „Indifference of the Law“, „Local Self Government“, „King in Parliament“, alle diese Begriffe bedeuteten lebendige und gewisse Vorstellungen, ebenso wie die Namen der großen verfassungsrechtlichen Statutes. In diesem Sinn darf die Behauptung des Serjeant, das Common Law sei bei den Bürgern eine Sache von „knowledge“ und „understanding“, wohl als berechtigt anerkannt werden. – Eng verwoben mit den Prädikaten „Common“ und „Open“ ist das dritte, wesentlichste, das der Geschichtlichkeit. Alt ist das Recht, und darum gut. Die Equity wird nicht zuletzt auch deshalb verworfen, weil sie gesetztes, gemachtes Recht bringt. Das Common Law wird nicht gemacht, es ist da und ist dagewesen, als vom Court of Chancery noch keine Rede war. Der Chancellor schafft Recht „according to his own wit and wisdom“, für den Common Lawyer aber gibt es nur „judgement according to law.“ „The good common Law of the realme, to the which the king's subjects be inherite. . .“, die Formulierung verrät, welcher Anschauungswelt die geschichtliche Konzeption des Rechts entstammt. Wie Land und Gut, so ist auch das Recht Fideikommiß, unveräußerliches und unteilbares Erbe der Väter.

Was hier kurz ausgeführt wurde, ist in der Schrift des Serjeant nur andeutungsweise vorhanden. Aber es ist da. Die Fülle der wiederholten, stets bedeutungsgleichen Versionen des „old, good, plaine, common“, zeugt für feste, sichere Vorstellungen von der Eigenart und Bedeutung des Common Law. Die „Replication“ ist noch keine philosophische Besinnung, aber eine selbstsichere und rechtspolitisch wirksame Berufung auf den Geist des alten Rechts.

b) Richard Hooker und der presbyterianische Dissent.

Auch der zweite Vorstoß gegen das Common Law nahm von religiösen Impulsen seinen Ausgang. Noch einmal war es das Law of God, welches zur Kritik profanen Rechts benutzt wurde. Hatten es die Chancellors des 14. und 15. Jahrhunderts nach Prinzipien der Billigkeit zur Reform von Recht und Rechtsfindung ausgedeutet, so wurde es nun, um die Mitte des 16. Jahrhunderts, vorwiegend zur Korrektur bestehenden Verfassungsrechts herangezogen.

Dieses politisierte Law of God kam aus Genf. Calvin, Student der Jurisprudenz, hatte in die Prägung einer neuen Religiosität das gesetzliche Element mit hineingenommen. Floß bei Luther die sittliche Leistung ohne Gesetz aus dem Glauben, so war das Gesetz bei Calvin die „Regel der aus der Erwählungsgnade folgenden Heiligung“, die „Norm der Selbst- und Gemeindekontrolle.“¹⁾ Luthers Anliegen war der Glaube als Geschenk göttlicher Gnade in der Seele des Menschen, Calvins Anliegen ist der Glaube als äußere, sichtbare Bewährung der Gewißheit göttlicher Erwählung. Der Protestant erneuert sein Gewissen, der Calvinist die Welt. Modell ist die Bibel. Sie ist weniger Evangelium als Anweisung, Gesetz des Glaubens, der Sitte, des Rechts, kurz des Lebens.

Diese Lehre bedeutete zunächst Reform von Geist und Institution, von unsichtbarer und sichtbarer Kirche. Calvin hat sowohl eine „Confession de Foy“ als auch eine „Discipline Ecclesiastique“ verfaßt. Darüber hinaus aber lag in der Forderung nach Reform des Lebens der Anspruch auf Handhabung, zumindest Mitlenkung des „weltlichen Schwerts“. „In der selbständigen Ausübung des Sittengerichts, in einem System der Überwachung und Denunziation, in der Macht des Abendmahlsausschlusses mit der Wirkung des bürgerlichen Boykotts, in der Begutachtung der bürgerlichen Gesetzgebung und gelegentlicher Einwirkung auf sie besitzt diese Kirche eine hohe Selbständigkeit, die auf freiwillige Unterstützung und Zustimmung der gleichfalls aus der Bibel sich belehrenden

¹⁾ Troeltsch 630

weltlichen Regierungsgewalt rechnet, mit dieser aber überall über die Handhabung des Bannes in Konflikt gerät. Reibungen mit der Staatsgewalt sind trotz der auch hier vorausgesetzten Einheit des Corpus Christianum unausbleiblich. . .¹⁾

Und sie sind in der Tat nicht ausgeblieben. In Frankreich führten sie zur Bartholomäusnacht, in den Niederlanden zu Albas „Rat der Unruhen“ in Brüssel. Und ebenso ist es in England zu harten Kämpfen für und wider die neue Lehre gekommen. Das Einströmen calvinistischen Gedankenguts beginnt hier, als die Herrschaft Heinrichs VIII., die mit der Religion Politik gemacht, nicht aber der Religion Politik gestattet hat, zu Ende ist. Eduard VI. und der Erzbischof Granmer von Canterbury korrespondieren mit Calvin. Zwinglianische und calvinistische Geistliche werden nach England berufen, in Cambridge lehrt der von Zwingli beeinflusste Martin Bucer. Das Glaubensbekenntnis von 1552, die „42 Artikel“, enthält bereits die Abendmahlslehre in calvinistischer Formulierung. Die katholische Reaktion unter Maria Tudor schwächt zwar den Einfluß des Calvinismus, unter Elisabeth jedoch verstärkt er sich wieder. 1561 erscheint in London die erste englische Übersetzung der „Institutio“ Calvins. Bei London entsteht 1572 die erste französisch-calvinistische Flüchtlingsgemeinde. In Cambridge predigt Thomas Cartwright und fordert puritanisches Leben und presbyterianische Kirchenverfassung.

Diese Verfassung bedeutete eine Wiederherstellung der urchristlichen Gemeinden mit dem Laienstand der Presbyter, welche in ihrer Stellung etwa den „Ältesten“ des Alten Testaments entsprachen. Episkopat und Patronat wurden abgelehnt. Oberste Instanz in Glaubens- und Sittenfragen war die Bibel, über deren Auslegung in strittigen Punkten die von den französischen Hugenotten erstmalig konstituierten Synoden, (Provinzial-Synoden, 1559 erste National-Synode in Paris) zu entscheiden hatten. Um dieses Verfassungsideals willen entbrannte nun auch in England der Kampf mit der Obrigkeit.

¹⁾ Troeltsch, Soziallehren 730

Elisabeth hatte sich 1559 vom Parlament erneut bestätigen lassen, daß der Inhaber der Königswürde oberster Regent in Ecclesiasticis und Politicis sei; was also die Verfassung der Ecclesia Anglicana betraf, unterlag ihrer Entscheidung. Und sie hatte entschieden, gegen alles radikale Reformertum, für die Via media, das Kompro-
miß von bischöflicher Verfassung, protestantischem Dogma und staatlicher Oberhoheit. Mochte sie den schottischen und niederländischen Calvinisten Hilfstruppen senden, für England richtete sie 1583 den „Court of High Commission“ ein, zur Bestrafung der „Dissenters“.

Was sie jedoch nicht vollständig unterbinden konnte, war das Einströmen calvinistischer Publizistik vom Kontinent, in welcher die verschiedensten Reformvorschläge für die englische Kirchenverfassung, alle gemäß dem „Wort des Herrn in der Heiligen Schrift“ unterbreitet wurden. Hauptförderer und Fortsetzer dieser Publizistik in England waren Thomas Cartwright (1535-1603; Theologieprofessor in Cambridge) und Walter Travers (1548-1635; Prediger an der Kirche des Temple, später Leiter eines College in Dublin).

Cartwright stritt mit der Feder von 1572-1577 gegen den Erzbischof von Canterbury, John Withgift, welcher Elisabeths Kirchenpolitik unterstützte, und Travers verfaßte mehrere Schriften, deren Titel über Inhalt und Tendenz genugsam unterrichten: 1574: „A full and plaine declaration of Ecclesiasticall Discipline owt off the word of God and off the declininge of the Church of England from the same“. 1588: „A defence of the Ecclesiasticall Discipline ordayned of God to be used in his Church . . .“. Ferner gilt die „Disciplina Ecclesiae Sacra, ex Dei verbo descripta“ (in englischer Übertragung 1644 veröffentlicht) als eine calvinistische Gemeinschaftsarbeit, an welcher unter anderen Travers und Cartwright mitgewirkt haben sollen.

Das Werk von Walter Travers aber ist nicht nur um seiner selbst willen bemerkenswert, sondern auch deshalb, weil es einen der bedeutendsten Denker des englischen 16. Jahrhunderts als Gegenspieler auf den Plan gerufen hat: Richard Hooker.

Bereits als 25jähriger war Hooker (geb. 1554) Professor des Hebräischen an der Universität Oxford geworden und hatte sich dort mit den religiösen Problemen seiner Zeit vertraut gemacht. Sechs Jahre später (1585) wurde er Priester an der Temple-Church, der Kirche der Inns of Court, wo seit 1580 Walter Travers als Prediger wirkte. Auch Travers war für die Priesterstelle in Aussicht genommen, dann jedoch abgelehnt worden, weil seine Ordination nicht durch einen Bischof, sondern durch einen Presbyter in Antwerpen erfolgt war. Hooker, der schon in einer Predigt von 1581 gegen ein Dogma Calvins Widerspruch erhoben hatte, erlebte nun im Fall Travers die praktischen Folgen theologischer Divergenz. Auf seine Fürsprache wurde es Travers gestattet, zunächst zur Unterstützung Hookers noch als „Afternoon lecturer“ an der Temple-Kirche zu bleiben. Die „Unterstützung“ bestand in dem sofortigen Versuch, Hookers Parteinahme für die anglikanische Kirche durch calvinistisch-presbyterianische Ideen zu lähmen. Der Streit zwischen beiden dauerte ein volles Jahr und fand erst auf Begehren der Queen seinen Abschluß. Travers wurde von der Temple-Kirche entfernt. Er nahm das Verdienst mit, durch seine Herausforderung Hooker zur Klärung und Festigung seines eignen, religiösen, kirchlichen und politischen Standpunkts getrieben zu haben.

1592 fixiert Hooker diesen Standpunkt in den acht Büchern „Of the Laws of Ecclesiastical Polity“, von denen die vier ersten 1593 oder 1594, das fünfte 1597 und die drei letzten im Lauf des 17. Jahrhunderts veröffentlicht wurden. „An elaborate defence of the Church of England as established by Law and as administered by the bishops of Elizabeth.“¹⁾

„Established by law“, dies große Argument Hookers zugunsten der Ecclesia Anglicana ist es, dem unsere Aufmerksamkeit im besonderen gelten soll. Daß das Law zu Hookers Lebensthemen gehörte, ist ja nicht verwunderlich. Sechs Jahre hatte er unter Lehrern und Studenten einer einzigartigen Juristengilde gelebt und gewirkt. Dort war ihm das Recht nicht nur als Lehre sondern auch als

¹⁾ R. A. Houk, Einführung in Hookers Eccles. Polit. Book VIII, S. 46

Praxis, in seiner unlösbaren Verknüpfung mit Religion, Politik, Verfassung, Kirche, mit allen Formen menschlicher Gemeinschaft, begegnet. Aus Schülern, die er unterrichtet hatte, wurden Anwälte, Richter, Parlamentarier. Durch einen Sohn des Erzbischofs von York, Edwin Sandys jr., der neben seinen Studien in den Inns of Court auch Mitglied der Parlamente von 1586, 1588/9 und 1593 gewesen ist, wurde Hooker besonders über verfassungsrechtliche Fragen und Probleme parlamentarischer Politik und Gesetzgebung unterrichtet. Hier erfuhr er praktisch, was ihm die Publikationen von Travers und Cartwright theoretisch demonstriert hatten: Die revolutionäre Tendenz der calvinistischen Lehre in Bezug auf Staat und Kirche.

Aufschlußreich für Hookers Stellungnahme zu diesem Problem sind vor allem das 1. und 8. Buch seines Werks.

Schon nach den ersten Zeilen spüren wir: Hier schreibt kein Serjeant at Law, der im Common Law und in sonst nichts gebildet ist. Hooker ist Humanist, Gelehrter, Denker gewesen. Er, von dem schon die Lehrer seiner Kindheit gemeint hatten, er trage in sich ein inneres, göttliches Licht,¹⁾ wollte vor aller Polemik klären und erleuchten. Auch er hat es mit einem Gegner zu tun, der das Law of God auf seiner Seite zu haben glaubt, aber Hooker beansprucht dies Law nicht für seine Sache, ohne es zuvor geprüft zu haben. Was ist das Law? Und was ist Gott? Das sind die ersten Fragen seines ersten Buches.

„God is a law both to himself, and to all other things besides.“ „The particular drift of every act proceeding externally from God we are not able to discern, and therefore cannot always give the proper and certain reason of his works. Howbeit undoubtedly a proper and certain reason there is of every finite work of God, inasmuch as there is a law imposed upon it.“ „They err therefore who think that of the will of God to do this or that, there is no reason besides his will. — He worketh all things not only according to his own will, but the counsel of his own will.“²⁾

1) Izaak Walton, Life of Hooker, London, 1898 2) I, 8/9

Dieser Gottesbegriff geht zurück auf die Ratio Aeterna des Thomas von Aquino und weiter zurück auf die Logos-Lehre der Apologeten. Es ist die Harmonie von „ratio“ und „voluntas“, die von Hooker hier aufs neue verkündet wird, dem Voluntarismus von Luther, Occam und Calvin entgegen. Hooker braucht den vernünftigen Gott, wie Thomas von Aquino ihn zur Krönung seines sinnvollen Stufenbaues brauchte; und ebenso wie Thomas das Gesetz in Gott ruhen und aus Gott fließen sah, so ist das Law für Hooker Gesetz Gottes und Gesetz alles Seins.

In mehrfacher Gestalt regiert dies Gesetz das Universum. Einmal als Law of Nature, dem alle Kreatur untertan ist, sodann als Law Celestial, welchem die Engel gehorchen, weiter als Law of Reason, durch das der Mensch sich, gehorchend oder erkennend, leiten läßt, und schließlich als Divine Law, von Gott auf übernatürliche Weise in der Schrift geoffenbart. Alle diese Gesetze sind zeitlos, ewig gültig und vollkommen.

Aus der Zeitlosigkeit herausgetreten aber ist der Mensch. Er hat sich einen geschichtlichen Lebensbereich geschaffen, den Staat. Bei Hooker erscheint dieser Schritt in die Zeit nicht als Sündenfall, und der Staat ist ihm weder Kainsgründung noch Zuchtrute der Bösen, sondern Ausdruck des natürlichen menschlichen Gesellschaftstriebes. Der Akt der Staatsgründung ist ein Rechtsakt, alle geben im Herrschaftsvertrag ihre Zustimmung, von einem Oberhaupt regiert zu werden. Und hier beginnt die Herrschaft einer neuen Art von „Law“, des zeitlichen, menschlichen Gesetzes, des „Human Law“.

Dies Law unterscheidet sich wesentlich von allen vorhergenannten. Es ist veränderlich, kann auf seinen zeitlichen und räumlichen Wirkungsbereich abgestimmt werden. Damit muß es auf die allen obengenannten Laws zukommende ewige Gültigkeit und Vollkommenheit verzichten. Dies wäre nicht weiter problematisch, hätte das Human Law im Staate die Alleinherrschaft. Da aber neben ihm auch ein Teil der zeitlosen Gesetze regiert, muß sich notwendig ein immerwährender Konflikt zwischen zeitlich und überzeitlich, voll-

kommen und unvollkommen ergeben. Für Hooker, den kritischen Humanisten, ist dies Problem nicht so leicht zu lösen wie für den Serjeant at Law, der fünfzig Jahre zuvor noch ganz im Banne der mittelalterlichen Rechtskonzeption geschrieben hatte. Hooker kann nicht mehr die Harmonie zwischen Law of God und Common Law postulieren, denn er weiß um Eigenart und Verschiedenheit göttlichen und menschlichen Rechts.

Die Divergenz zwischen beiden aber ist ihm kein Schrecknis, sondern ein Symbol dessen, daß die Einheit der Schöpfung in ihrer Mannigfaltigkeit besteht. „To measure by anyone kind of law all the actions of men“, sagt er, „were to confound the admirable order, wherein God hath disposed all laws, each as in nature, so in degree, distinct from other.“¹⁾

Aus dieser Erkenntnis der Individualität von „Law“ und „Law“ erwächst Hookers Abwehr des calvinistisch verstandenen „Law of God“ und seine Verteidigung der englischen Verfassung und des englischen Rechts.

Gegen das Law of God der Calvinisten setzt er das höchste seiner Gesetze, das Divine Law. Es ist die Offenbarung Gottes in der Heiligen Schrift. Worin besteht sie? Hooker antwortet in protestantischer Religiosität, im Geiste des Johannes-Evangeliums: „These things are written, that ye might believe that Jesus is Christ the Son of God, and that in believing, ye might have life through his name.“

Die Schrift ist also für Hooker ewiges, bindendes Gesetz, insofern sie Glauben an Jesus Christus fordert. Was sie indes an Regeln des Kultus und der Kirchenverfassung enthält, ist von den Calvinisten zu unrecht zum „Law of God“ erhoben worden; es ist zeitlich und geschichtlich, denn Gott hat es nicht der Menschheit, sondern einem bestimmten Volke gegeben. Mit Hookers Worten: „St. John doth so peculiarly term the doctrine that teacheth salvation by Jesus Christ „Evangelium aeternum“, because there can be no reason wherefore the publishing thereof should be taken away ...

¹⁾ I, 106

so long as the world doth continue : whereas the whole law of rites and ceremonies, although delivered with so great solemnity, is notwithstanding clean abrogated, inasmuch as it had but temporary cause of God's ordaining it.“¹⁾)

Mit dieser Bestimmung des Law of God als Gebot des Glaubens ist der calvinistische Anspruch auf Reform der Institution Kirche zurückgewiesen, denn das, worauf sich der Anspruch gründet, gehört nach Hookers Überzeugung nicht zum ewigen, sondern zum vergänglichen Teil der Schrift.

Die Kontrastierung von ewigem Glauben und geschichtlicher Institution bedeutete natürlich nicht nur einen Schlag gegen Genf, sondern auch einen gegen Rom, dessen war sich Hooker bewußt, und es lag in seiner Absicht. Er wollte der Kirche von Canterbury, der Kirche Englands dienen, er wollte universalen Glauben, aber keine uniforme Institution.

In der evangelischen Auffassung der Bibel steht er in der Nachfolge Luthers. Aber in der Lösung des Problems der Institution geht Hooker eigene Wege. Luthers Landeskirchentum ist Verlegenheitslösung, Folge des traurigen Mangels an rechten Christen und Christengemeinden. Hookers Staatskirchentum aber ist gewollte, geplante Tat. Hooker ist an Fragen der Kirchenverfassung nicht desinteressiert, er kann und darf es gar nicht sein. Er gehört ja zu den besonderen Vertrauten Elisabeths, „Little black Husband“ hat sie ihn genannt. Und der Krone dienen bedeutete, das Recht der Krone, das Recht des Reiches verteidigen. Seit der Suprematsakte Heinrichs VIII. war der König nach dem Recht des Reiches Oberhaupt von Staat und Kirche. Hatte das radikale Reformertum in den Niederlanden und in Schottland gesiegt, so hatte es über die Kirche Roms gesiegt. Würde es sich aber in England durchsetzen, so mußte sein Sieg die Kirche des Reiches treffen und damit auch des Reiches Recht, in dem ja die Ecclesia Anglicana fest verankert war.

Hooker hat die Bedrohung dieses Rechts, die aus der englischen

¹⁾ I, 94, 95

Verquickung von Staat und Kirche entstanden war, klar erkannt. „The point about which we strive, is the quality of our laws“, sagt er am Eingang des ersten Buches.¹⁾ Darum unternimmt er es, im Anschluß an die Widerlegung des calvinistischen Law ein Plädoyer für das englische Law zu schreiben.

Grundlage ist die positive Auffassung von Mensch und Staat. Hookers Deduktion beginnt rational, sachlich, in der Methode der Naturrechtler. Der Mensch ist vernünftig, „by nature speculative and delighted with contemplation“²⁾, und er ist gesellig, nur im Gemeinschaftsleben erfüllt er seine Bestimmung. Darum – und nun wird Hooker warm, beredt und unlogisch – darum ist der Staat eine gute und würdige Einrichtung, er stellt nicht eine beliebige, sondern die bestmögliche menschliche Lebensform dar. Er hat nicht nur die negative Aufgabe der Unterdrückung des Bösen, sondern auch die positive der Förderung des Guten. Und dies Gute erschöpft sich keineswegs im Materiellen. Hookers Staat ist Wohlfahrtsstaat auch in Dingen des Geistes und der Seele. „... as the soul is the worthier part of man, so human societies are much more to care for that which tendeth properly unto the soul's estate, than for such temporal things as this life doth stand in need of.“³⁾

Aus dieser Verpflichtung des Staates erwächst auch seine Berechtigung, sein Herrschaftsanspruch in „politicis“ und „ecclesiasticis“. Hooker will statt Kirchenstaat Staatskirche, „seeing that there is not any man of the Church of England, but the same is also a member of the common-wealth“⁴⁾ Und wer die Bürde trägt, soll auch die Würde haben. Dem „Seelsorger Staat“ kommt göttliche Weihe zu. „Let every soul be subject, subject all unto such powers as are set over us.“⁵⁾ Das ist, wörtlich nach Röm. 13, 1, die gottgewollte Obrigkeit Luthers, hier aber nicht in demütiger Bescheidung und Unterwerfung, sondern in freudiger Staats- und Weltbejahung verkündet.

Hookers Obrigkeit nun – und hier tut er den letzten Schritt hinein in den konkreten, geschichtlichen englischen Staat – die ideale

¹⁾ I, 5 ²⁾ I, 38 ³⁾ VIII, 158 ⁴⁾ VIII, 156 ⁵⁾ VIII, 237

Obrigkeit, die höchste, verehrungswürdigste Macht im Staat ist das Law, das Human Law, das Common Law. Es ist gottwohlgefällig, gottgewollt, von Gottes Gnaden. Freilich steht über ihm das oberste aller Gesetze, das Eternal Law, aber nicht, wie die Calvinisten meinen, als treibender, dräuender Sporn und Stachel, sondern als erklärendes Licht, als leitender Stern. Wenn das menschliche Gesetz beurteilt wird, sagt Hooker, so soll es stets im Lichte des Eternal Law betrachtet werden, auf daß es vor aller Kritik erst einmal Verehrung erfährt. Denn es ist in ihm das Streben nach der Vollkommenheit des ewigen Rechts, wenn auch innerhalb der Grenzen menschlichen Vermögens.

Gute Gesetze sind Ausdruck der göttlichen Vernunft, ja, Hooker betrachtet sie fast als eine Art Fortsetzung der Heiligen Schrift, im Geiste, versteht sich, nicht im Buchstaben. „Not as if men did behold that book and accordingly frame their laws; but because it worketh in them, because it discovereth and readeth itself to the world by them, when the laws which they make are righteous“. ¹⁾ Diese Formulierung bringt Anklänge an die Rechtsverherrlichung des Serjeant at Law; aber Hooker schreibt doch aus anderem Geist, aus größerer Erkenntnis. Für den Serjeant hatte es auf die Frage nach dem Entstehungsgrund der Equity nur eine Antwort gegeben: „Verelie I thincke for lacke of knowledge of the goodness of the lawes of the realme“. ²⁾ Ganz so kritiklos und selbstsicher vertritt Hooker das Recht des Reiches nicht. Bei ihm steht neben dem Anspruch die Einschränkung, und trotz der Erfüllung bleibt Forderung. Das Human Law bleibt ein Werk des Menschen, bleibt der Unvollkommenheit verhaftet und der Kritik bedürftig.

Die Kritik aber – und hier distanziert sich der Engländer wieder vom Reformanspruch der Calvinisten – die Kritik muß konkrete, lesbare, geschichtliche Maßstäbe haben. Die von Hooker geforderte „Righteousness“, die Rechtschaffenheit des Law, soll nicht nur dem Vernunft- und Gottesgesetz genügen, sie muß auch allen praktischen Problemen menschlichen Zusammenlebens gerecht werden,

¹⁾ I, 99 ²⁾ Tracts 326

muß sinnvolle, weltkluge Ordnung schaffen. Auf die Betonung dieser Doppelpoligkeit allen menschlichen Rechts legt Hooker großen Wert.

Das beste und sicherste Kriterium der Righteousness eines Law aber ist die geschichtliche Bewährung. Recht ist, was Recht gewesen ist. Will man die Qualität eines Gesetzes ergründen, so frage man, was es von seiner Entstehung an für die Ordnung der menschlichen Gemeinschaft geleistet hat.

Diese Forderung hat zweierlei Beweggründe und Versionen. Einmal spricht der Gelehrte, der Humanist Hooker: „Is there any thing which can either be thoroughly understood or soundly judged of, till the very first causes and principles from which originally it springeth, be made manifest?“¹⁾ Das ist die Methode der neuen Wissenschaft, das Forschen nach den Ursprüngen: „Satiüs est petere fontes quam sectari rivulos“.

Dann aber meldet sich Hooker der Lawyer, der Rechtspraktiker, der sechs Jahre in einer Arbeitsgemeinschaft gelebt hat, wo das Urteil nach dem Vorurteil gerichtet wurde. „Experience and practice“²⁾ sind es, die den Wert eines Gesetzes bestimmen. Ihnen gilt Hookers eigentliches Interesse. Stärker als der Ursprung fesselt ihn die Geschichte des Law. „... How far their power (kings' p.) may lawfully extend, the articles of compact must show: not the articles only of compact at the first beginning, which for the most part are either clean worn out of knowledge, or else known unto very few, but whatsoever hath been after in free and voluntary manner condescended unto, whether by express consent, whereof positive laws are witnesses, or else by silent allowance famously notified through custom reaching beyond the memory of man“.³⁾

Man sieht: Die rationalen, naturrechtlichen Vertragslehren beschäftigen Hooker kaum. Von ihnen drängt er weg, hin zur lebendigen, faßbaren Geschichte. Sie ist die Macht, von der er ergriffen ist. Nicht nur dem geschichtlichen Law und dem alten Rechtsbrauch sondern dem gesamten Geistesgut der Vergangenheit fühlt

¹⁾ I, 98 ²⁾ VIII, 187 ³⁾ VIII, 176

er sich verpflichtet. Er hat Hochachtung vor allem, was „of old hath been reverently thought of throughout the world“. Und in der Verteidigung dieses Alten, Guten wagt erkühne Ketzereien: „There is no Law of God which forceth us to swerve from the way wherein so many and so holy ages have gone.“¹⁾ „The general and perpetual voice of men is as the sentence of God himself.“²⁾

In solchen Höhepunkten der Polemik hat das Bekenntnis zur Geschichte und zum geschichtlichen Recht alles andere übertönt. Die kritische Forderung der „Righteousness“ ist verstummt, die Unvollkommenheiten des human law sind vergessen. Hooker ist nur noch Konservativer und nur noch Engländer. Wo kann schließlich die „general and perpetual voice of men“ kund und offenbar geworden sein? Doch nur im englischen Parlament! Und wenn Gott durch dieses Parlament gesprochen hat – muß da nicht alle Kritik verstummen?

So gehen in der leidenschaftlichen Polemik des achten Buches der „Ecclesiastical Polity“ die philosophischen Erkenntnisse des ersten Buches bisweilen unter. Es dominiert das Gottesgnadentum des englischen Law, des parlamentarischen Statute, und Hooker dient ihm, ganz in der Jahrhunderte alten, bewährten Praktik der Common Lawyers: Offenkundig rechtwährend, reproduktiv, heimlich rechtschöpfend, produktiv. Die Suprematsakte Heinrichs VIII. bedeutet Abbruch und zugleich Neubeginn in der englischen Verfassungsgeschichte, aber Hooker versteht es, die Bruchstelle zu verkitten, indem er das neue Gesetz nur als Fortsetzung der alten „Statutes of Praemunire“ erscheinen läßt. Wenn altes Recht gut ist, muß eben neues Recht zum alten gemacht werden; Hooker hat diese Verwandlungskunst so gut beherrscht wie seine Vorgänger und Nachfolger.

Das Wesentliche und Neue seines Plädoyers aber ist doch, daß er das alte Common Law nicht mehr oder kaum noch in der mittelalterlich-sakralen Verbrämung sondern in seiner irdischen, unvollkommenen Erscheinung sieht, vertritt und gutheißt. Zum ersten

¹⁾ VIII, 184 ²⁾ I, 35

Mal wird das Vergängliche, das Relative, das Geschichtliche nicht totgeschwiegen oder resignierend hingenommen, sondern als ein dem Menschen zugehöriger Geistesbereich bejaht. Nach Hookers Erkenntnis sind ideales und reales Law wesensverschieden, und der Versuch der Angleichung des realen an das ideale muß immer Versuch bleiben. Die Harmonie zwischen Gott und Recht und Gewissen kann nie Faktum, immer nur Forderung sein. Aber das Bemühen um die Erfüllung führt nicht über die rigorose Wortverwirklichung abstrakter Vernunftgesetze oder Gottesgebote, sondern über die Arbeit am weltlichen, geschichtlichen, bestehenden Law. Ihm bleibt sein Daseinsrecht. Es ist nicht vollkommen, aber sinnvoll, es ist nicht göttlich, aber gottwohlgefällig. Ein altes englisches Statute mit geschichtlicher Bewährung hat mehr Gnade bei Gott als ein unerprobtes calvinistisches Bibelrezept. Man dient dem Herrn nicht, indem man sein Gesetz auf die Erde zu ziehen sucht, sondern indem man irdisches Gesetz dem göttlichen näherbringt.

Zwischen Weltverdammung und Weltvergötzung sucht Hooker die *Via media* der Weltbejahung. Man glaube nur nicht, sagt er, daß man die Rechtsordnung eines Staates einreißen dürfe, und das mit gutem Gewissen, wie die radikal-religiösen Schwärmer es behauptet haben – aber man denke nun auch nicht das Gegenteil: daß nämlich jede Gesetzesaufhebung schon eine Todsünde sei.

„A mean there is between those extremities“¹⁾). In diese wohltemperierte Mitte zwischen Tränental und Paradies hat Hooker das Recht gerückt.

c) Edward Coke und der Stuart-Absolutismus.

Hatte der Serjeant at Law kanonische, hatte Hooker calvinistische Rechtsideen zurückgewiesen, so war es beide Male im Namen des eignen Rechts, des Common Law geschehen, aber gleichzeitig im Namen der Krone, des Reiches, der Nation. Die Ablehnung des

¹⁾ VIII, 241

„Spiritual Chancellor“ war nur ein Teilstück des Kampfes zwischen Canterbury und Rom, und Hookers Polemik war nur ein Punkt im großen Programm Elisabeths, welches jeglichem „Dissent“ von Staats- und Kirchenverfassung Kampf angesagt hatte.

Die Aufgabe des Serjeant, die Aufgabe Hookers war gleichzeitig die des englischen 16. Jahrhunderts schlechthin. Aus der außenpolitischen Bedrohung durch Frankreich – Schottland, Spanien und die Gegenreform erwuchs das Gebot der innenpolitischen Einheit von Reich und Recht. Daß die großen Tudors, Heinrich und Elisabeth, diese Einheit mittels der „Starken Krone“ erreichten, ward im ganzen als notwendiger Akt nationaler Behauptung empfunden und hingenommen. Noch sah man den Feind draußen, in Rom, in Madrid, in Paris – nicht im eignen Reich. Die Schrift des Serjeant at Law verrät noch keinerlei Besorgnis, das Gewissen der Chancellors könne einmal royalistisch statt kanonistisch ausgerichtet werden, obwohl Wolsey die Equity mehr als einmal zum Vorteil der Krone gehandhabt hatte. Und auch Hooker geht es nicht darum, mit seinem Supreme Law die Krone zu beschränken. Er hat die großen Möglichkeiten, die seine Rechtskonzeption in dieser Hinsicht bot, gar nicht genutzt. Er sah das Law von presbyterianisch-demokratischem, nicht von monarchischem Absolutismus bedroht.

Doch in den letzten Regierungsjahren Elisabeths bildet sich das Bewußtsein einer veränderten innenpolitischen Konstellation; die Vertreter der Verfassung werden zu Gegnern der „Starken Krone“. Das Parlament beginnt, die Macht der Krone durch das Recht der Krone zu beschränken. Noch gelingt es zwar der politischen Klugheit Elisabeths, das Zusammenspiel der Kräfte zu wahren, aber manchen Anspruch muß sie zurücknehmen um der Fiktion willen, mit Liebe und „Consent“ der Untertanen regiert zu haben.

Es ist kein stabiler, sondern ein labiler Absolutismus, den sie den Stuarts vererbt. Den Stuarts aber fehlt, was diesen Absolutismus bis dahin gehalten hatte: politischer Instinkt. Heinrich und Elisabeth hatten es im ganzen vermieden, ihre faktische Macht in eine Theorie zu fassen und aus den Gefühlen des Volkes Gesetze zu

machen. Als Hooker der Queen im 8. Buch seiner „Ecclesiastical Polity“ unter anderem auch eine theoretische Ableitung der Kron-
gewalt aus der Volksgewalt präsentierte, ließ sie das Buch weder
veröffentlichen noch beschlagnahmen oder verbrennen. All das
hätte Staub aufgewirbelt, eine Diskussion ihrer staatsrechtlichen
Stellung ausgelöst, und darauf legte sie keinen Wert. Sie forderte
also beiläufig Revision des achten Buches – und versicherte im
übrigen den Verfasser ihrer Gunst.

Solche Fähigkeit zum Kompromiß ging den Stuarts ab. Sie wollten
nicht nur de facto, sondern auch de jure souverän sein. Jakob I.
hatte schon in einer Jugendschrift, betitelt „True Law of Free
Monarchies“, absolutistische Ideen entwickelt. Es waren mehrere,
heterogene Gedankenströmungen, die seine Staats- und Rechts-
konzeption beeinflussten. Die Lehre des römischen Rechts, seit der
Regierung Heinrichs VIII. in England wieder aufgelebt, verkündete
den „Princeps legibus solutus“. – Sodann wurden seit 1580 die
„Six livres de la République“, in denen Bodin den Begriff der
Souveränität entwickelt hatte, an englischen Universitäten über-
setzt und kommentiert. 1606 erschien das Werk erstmals in eng-
lischer Sprache.

Auch die sakrale Weihe des Herrschertums spielte im Staatsdenken
Jakobs I. eine große Rolle. 1616 in der Sternkammer ließ er sich
z. B. folgendermaßen vernehmen: „Encroach not upon the pre-
rogative of the crown: if there fall out a question that concerns my pre-
rogative or mystery of state, deal not with it till you consult with
the king or his council or both. . . As for the absolute prerogative of
the crown that is no subject for the tongue of a lawyer, nor is it law-
ful to be disputed. It is atheism and blasphemy to dispute what God
can do, good Christians content themthelves with his will revealed
in his word: so it is presumption and high contempt in a subject to
dispute what a king can do, or say that a king cannot do this or
that; but rest in that which is the king's will revealed in his law.“¹⁾

Hier ist die königliche Souveränität allein aus der sakralen Auf-

¹⁾ Zit. Holdsw. V, 429

fassung des Amtes abgeleitet. Ludwig XIV., der vollbringen sollte, was die Stuarts erstrebten, auch er umgab sich mit dem Heiligen-schein und ließ Bossuet eine „Politique tirée de L'Ecriture Sainte“ schreiben.

Was aber seine eigne Politik betraf, so war die nicht vom Glauben sondern vom Verstand bestimmt. Und auch von Jakob I. läßt sich sagen, daß er viel vom Gottesgnadentum seines Amtes, aber nicht weniger von der Vernunft seiner Regierung gehalten hat. Wenn die Sternkammer für „cases of necessity“ Souveränität der Entscheidung forderte, so wollte sie den Rechtsfall „according to the nature of the thing itself“, d. h. sachlich, vernünftig beurteilen. Und als Jakob I. es 1605 unternahm, in einen Kompetenzkonflikt zwischen Ordinary und Ecclesiastical Court einzugreifen, begründete er sein Vorgehen mit der Ansicht, das Recht entspringe der menschlichen Vernunft, und die besitze er ja schließlich auch.¹⁾

Noch klarer und eindeutiger wird der Appell an die Vernunft von der königlichen Partei in den Parlamentsdebatten formuliert: „Let no man dispise the presidents of antiquity, no man adore them. Though they are venerable, yet they are no gods. Examples are strong arguments, being proper, but times alter, and with them oft their reasons. Everie parliament, as each man, must be wise with his owne wisdom, not his father's. A dramme of present wisdom is more precious than mountaines of that which was practis'd in ould times.“²⁾

Diese Stellungnahme von 1625, in der die Vernunft Hochschätzung, ja schon Überschätzung genießt, hat die Modernität, den „Fortschritt“ auf ihrer Seite. Im gleichen Jahr beschließt Hugo Grotius sein Hauptwerk „De Jure Belli et Pacis“; er ist der Meinung, im Recht treffe die Einsicht der menschlichen Vernunft mit der Absicht Gottes zusammen. Und 1603 hat Althusius mit seiner „Politica“ „die Ära der vernunftrechtlichen Dogmatik mit ihren ungezählten natürlichen Systemen des allgemeinen Staatsrechts“³⁾

¹⁾ Nach Maitland 268/69

²⁾ Sir Humphrey May, 1625; zit. Holdsw. VI, 104

³⁾ Gierke, Althusius 72

eröffnet. In England ersetzt Bacon Tradition und Autorität durch das „lumen naturae et experientiae“. Bezeichnenderweise steht er im Verfassungskampf nicht nur als „Höfling“ sondern als Staatsdenker auf der Seite des Absolutismus, erhofft von einer souveränen Staatsgewalt eine rationale Machtpolitik, Hebung der Finanzen, Förderung von Heer und Flotte, Reform des Rechts durch Kodifikation und durch Einschränkung der Präzedens-Autorität. Bacon ist kein Mann der geistigen Bevormundung gewesen. Seine Parteinahme zeigt, daß führende Geister der Zeit vom Absolutismus „Räson“, Vernunft erwarteten, daß sie nicht an die Bedrohung sondern an die Erlangung der Freiheit glaubten, nicht die neue Bevormundung, sondern nur die Lösung von alter Vormundschaft im Auge hatten.

Die Staatsidee des „True law of free Monarchies“ besaß also Gewicht, Anziehungskraft und Gefolgschaft. Aber sie hatte auch Gegnerschaft. Die parlamentarische Verfassungspartei, die Commons, die zugleich Lawyers waren, sahen mit dem Regierungsantritt der Stuarts das Recht durch die Krone bedroht. Wohl war im Grunde Jakobs Staatslehre nur die Theorie zu einer Praxis, die schon Heinrich VIII. betrieben hatte, aber gerade die Theoretisierung, die Dogmatisierung war es, welche die Lawyers alarmierte. Wenn sich die Macht nicht mehr zum Recht bekannte, mußte sich das Recht seinerseits von der Macht distanzieren. Hooker war Anwalt des Law und Anwalt der Krone gewesen – nach ihm aber sind die Vertreter des Rechts zu Gegnern und schließlich zu Überwindern der Krone geworden.

Mit Jakobs I. Regierungsantritt beginnt der offene Konflikt. Die Macht, die er de jure haben und halten will, ist de facto viel geringer als die der starken Tudors. Von Elisabeth hat er ein kleines Krongut, aber große Schulden, die ungedeckten Kosten der Unterwerfung Irlands, übernommen. Seine materielle Mittellosigkeit gibt schon dem ersten Parlament von 1604 den Mut des Widerstandes. Die beim Regierungsantritt übliche Geldbewilligung wird verweigert, falls nicht der König zur Einschränkung seines Besteuerungs-

und Monopolrechtes und seiner Verordnungsgewalt bereit sei. Jakob ist nicht bereit. Er löst das Parlament auf und versucht, allein zu regieren. Als er jedoch seinen pfälzischen Schwiegersohn gegen die Spanier unterstützen will, sieht er sich genötigt, zur Geldbewilligung ein neues Parlament zu berufen. Wieder erreicht er sein Ziel nicht. Die Stände wollen nur für einen Seekrieg Mittel bewilligen, nicht für den von ihm geplanten Landkrieg.

Sein Sohn, Karl I., der die mißglückte väterliche Politik zum Erfolg führen will, begegnet versteiftem parlamentarischem Widerstand. Drei Jahre regiert er auf eigene Faust, erhebt eigenmächtig Steuern, bildet Truppen aus, drückt die Bürger mit Einquartierung und führt erfolglose Feldzüge auf dem Kontinent. Als er zur Erlangung größerer Mittel 1628 doch wieder ein Parlament berufen muß, wird ihm die „Petition of Right“ vorgelegt, deren Erfüllung die Vorbedingung für eine ständische Kriegsbeihilfe sein soll.

Die „Petition“ dokumentiert die neuen, innerstaatlichen Fronten: Reich, Recht und Parlament gegen die Krone. Gefordert wird die Wiedergutmachung der königlichen Verfassungsbrüche und künftiger Abstand von jeglicher Machtregierung. Wieder werden in den Formulierungen die alten, fest bewahrten Vorstellungen von Reich und Recht lebendig. Was vom König verlangt wird, ist nichts Neues, nur die Wiederherstellung des Alten, Guten, der „rights and liberties, according to the laws and statutes of this realm“. Geist und Wort der großen „Charters“ des 13. und 14. Jahrhunderts werden beschworen zum Beweis der Unrechtmäßigkeit der neuen Kronpolitik. Und wieder erscheint das alte „Law“ mit den gleichen ideellen Qualitäten wie in der Schrift des Serjeant: als Recht der englischen Freiheit, und als Recht der geschichtlichen Gemeinschaft, als Erbe der Väter.

Nur an die metaphysische Bindung wird nicht mehr erinnert. Statt dessen erscheint eine neue: die von „law“ und „reason“. Auf der Seite des alten Rechts steht die Vernunft, was rechtswidrig ist, ist auch vernunftwidrig. Diese neue Version mit ihrer fühlbaren Spitze gegen die royalistisch-absolutistische Gegenwartsvernunft zeigt,

mit welchen Waffen diesmal der Kampf für und wider das alte Recht gekämpft wird: Die Krone hat die moderne, die befreite, autonome Vernunft, die Lawyers halten dagegen die autoritätsgebundene, die Vernunft der Vergangenheit, der Vorväter, des alten Rechts.

Der Entdecker und Verfechter dieser Rechtsvernunft ist Edward Coke, Führer der parlamentarischen Opposition seit 1620, Spiritus rector der Petition of Right, bedeutendster Jurist seiner Epoche. Seine berufliche Laufbahn spiegelt den Wandel der innenpolitischen Konstellation: Unter Elisabeth ist er Attorney-General, erster Anwalt der Krone; 1601 bewirtet er die Königin in seinem Haus und beschenkt sie mit kostbaren Juwelen. 1628 aber ist er das Haupt des parlamentarischen Widerstandes gegen die Politik der Krone. Beständig aber dient er dem Recht des Landes. Diesem Recht gehört die Arbeit seines Lebens.

In zwölf Bänden „Reports“ hat er die „Fälle“ des Case Law gesammelt, in vier Bänden „Institutes“ hat er sich um eine systematische Darstellung des gesamten bestehenden Rechts- und Gerichtswesens bemüht. Sein Werk ist Spiegel der Auseinandersetzung, in die er gestellt ist, es ist Rechtspolitik, Polemik, geistige Waffe seiner Partei. Er genießt die unbedingte Ergebenheit seiner Anhänger und den besorgten Respekt des Gegners. Als der König 1631 hört, Coke habe wieder ein Buch geschrieben, veranlaßt er den Chancellor, die Veröffentlichung zu verhindern, denn, sagt er, „Coke is held too great an oracle amongst the people and they may be misled by anything that carries such an authority as all things do that he either speaks or writes“.¹⁾ Und nach Cokes Tod (1634) läßt er den gesamten Nachlaß beschlagnahmen, der erst 1641 auf Forderung des Langen Parlaments den Erben übergeben wird. Cokes Testament, auf dessen Abfassung er große Sorgfalt gewandt hatte, ist bei der Beschlagnahme verschwunden und nie wieder entdeckt worden.

Als Vermächtnis für die Nation aber blieben seine „Institutes of

¹⁾ Zit. Holdsw. V, 454

the Lawes of England“ (I–III vor 1628, IV zwischen 1628 und 1634 entstanden; I 1628, II–IV 1641 veröffentlicht).

„Ne transgrediaris antiquos terminos quos posuerunt patres tui.“²⁾ Diese Devise, dem vierten Buch vorangestellt, durchzieht und bestimmt das ganze Werk. Es ist ein geniales Bemühen, alles bestehende Recht in den Rahmen einer alten, ewigen Ordnung einzufügen; einer ewigen, und dennoch irdischen Ordnung. Nicht das Law of God ist Cokes Summa lex, sondern das Recht der Väter, niedergelegt in „statutes“ und „reports“, in „law books“, in „privilege“ und „custom“. Keine Seite der Institutes, die nicht bemüht ist, mit diesem Recht der Väter das Recht der Gegenwart in Einklang zu bringen. Oft ähnelt die Darstellung der Urteilsbegründung eines Case Law-Richters, sie zerfällt in lauter „precedents“, „predicisions“, „examples“, für deren Gewinnung die gesamte Rechtsgeschichte zurück bis zum Altertum ausgeschlachtet ist. Kein neues Gesetz, das nicht auf ein älteres Gesetz rückbezogen wird; kein älteres wiederum, das nicht „declaratory of ancient law and custom“ ist, keine Entscheidung, die ohne das Prädikat „proved by a great number of precidents“ gebilligt wird. Werden die alten englischen Rechtsbücher herangezogen, dann mutet Cokes Text an wie eine mittelalterliche Kompilation; nur ist man der Mühe des Identifizierens enthoben, weil Coke sich eine Ehre daraus macht, die kompilierten Autoren namentlich anzuführen. Was „Bracton saith“ und „Fleta saith“ und „Britton saith“, füllt ganze Seiten, in denen man vergeblich sucht, was Coke selbst eigentlich sagt; er ist eben mit Bracton, Britton und Fleta einer Meinung.

Bei solcher Autoritätsgebundenheit kann es mit der kritischen Haltung gegenüber dem Recht nicht weit her sein. Coke gibt zwar zu, daß Rechtsbrauch und Gesetz gelegentlich „obsolete“ werden könnten und daß das letzte Kriterium ihrer Gültigkeit doch nicht ihr Alter, sondern ihr Sinn, ihre Vernunft sei. Aber was besagt das bei einem Rechtsdenker, dessen zentrales Anliegen die Identifizierung von Recht und Vernunft ist? Cokes Vernunft kann ja im

¹⁾ Sprüche Salom. 22; 28

Grunde keinen Abstand vom Recht haben, sie ist nicht souverän, von Vergangenheit und Tradition emanzipiert, sondern sie steckt in diesen Autoritäten drin, ist nur in dieser geschichtlichen Realisierung mächtig und verpflichtend.

Schon in einer der ersten Auseinandersetzungen zwischen dieser Vergangenheitsvernunft und der modernen, souveränen „Räson“ der Krone hat Coke den fundamentalen Unterschied der beiden Auffassungen klar herausgearbeitet.

„The king said“ so berichtet er in den Reports, „that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason as well as the judges. To which it was answered by me, that true it was, that God had allowed His Majesty excellent science and great endowments of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England and causes which concern the life or inheritance or goods or fortunes of his subjects; they are not to be decided by natural reason, but by the artificial reason and judgement of law, which law is an act, which requires long study and experience before that a man can attain the cognizance of it..“¹⁾

Und in den „Institutes“ erscheint die gleiche Anschauung in gestraffter, gesteigerter Formulierung: „The Common Law is the absolute perfection of reason.“²⁾

Gegen die natürliche Vernunft des Königs setzt Coke also die „künstliche“, besser wohl „kunstvolle“, „kunstreiche“ Vernunft des alten Rechts. Der Begriff umschließt verschiedene Vorstellungen. Einmal meint Coke mit „künstlich“ das Objektive, Unpersönliche, Unbestechliche. Das Gesetz als Norm, als „goldenes Maß“³⁾ scheint ihm an Zuverlässigkeit dem subjektiven, beeinflussbaren Urteil persönlicher Vernunft überlegen.

Zum ändern bedeutet „künstlich“ das Zusammengesetzte, Komplizierte. Coke sieht ein Gesetz nie in Vereinzelung, sondern immer in Verbindung mit dem gewaltigen Komplex des gesamten Rechts,

¹⁾ Reports XII, 65, zit. Maitland 268/69 ²⁾ Institutes II, 12, S. 179

³⁾ Reports XII, 65

und nur, wer es so sieht, kann es nach seiner Meinung erfassen und würdigen. Die Möglichkeit solcher Sicht bieten „long study and observation“, woraus folgt, daß die „natürliche“, d. h. „unstudierte“ Vernunft ein Gesetz weder begreifen kann noch beurteilen darf.

Da aber die Ausdehnung des Rechtskomplexes für Coke primär eine zeitliche, und zwar in die Vergangenheit zurückreichende ist, bedeutet „künstlich“ auch das in Vergangenheit und Gegenwart Dauernde und Bleibende. Die natürliche Vernunft der Gegenwart hat nicht die Aufgabe, das Recht zu schaffen, denn diese Aufgabe ist längst gelöst von der künstlichen Vernunft der Vergangenheit. Die Gegenwart soll das Recht als Erbe der Väter übernehmen, wahren und pflegen. Auch Coke hat, wie der Serjeant, die Vorstellung vom Recht als Fideikommiß, dessen der Mensch nicht eigenmächtiger Besitzer ist, sondern Empfänger, Verwalter und Vermittler, und nicht von ungefähr entstammt sein liebstes „Proverb“ „Out of the old fields must come the new corn“ der Anschauungswelt der bäuerlichen Scholle.

Cokes „künstliche“ Vernunft ist eine doppelte: Sie steckte nicht im Recht, wäre sie nicht auch im Rechtskundigen, im Common Lawyer, im Judge, im Attorney, im Serjeant. Sobald diese durch langes und sorgsames Studium das Recht als objektive, bleibende Ordnung erfaßt haben, ist ihre natürliche Vernunft zur künstlichen herangebildet worden. Solchen Rechtskundigen gestattet Coke auch Korrekturen und Reformen des Law – natürlich in bescheidenem Maße, mit Rücksicht auf die grundsätzlich gebotene Wahrung des Bestandes. Alle aber, die sich etwa mit bloßer natürlicher Vernunft an Rechtsreformen wagen wollen, die Royalisten und Kanonisten und Romanisten, trifft Cokes scharfe Ablehnung.

Zur „absolute perfection“ gelangt die „künstliche“ Vernunft allerdings nicht im einzelnen Rechtskundigen, auch nicht in einer Rechtsgeneration. Nur im gesamten Rechtskomplex, der von „time out of memory“ bis zur Gegenwart reicht, hält Coke sie für verwirklicht. – Die Rechnung ist nicht glatt. Wie soll aus den unvoll-

kommenen Vernunftbeiträgen von Jahren, Jahrzehnten und Jahrhunderten eine vollkommene Vernunft entstehen? Aber Coke geht es nicht darum, hier nachzurechnen. Eine unvollkommene Vernunft muß sich Bevormundung gefallen lassen, eine vollkommene nicht. Und vor der drohenden Bevormundung will Coke das Common Law ja gerade bewahren. Für das mit vollkommener Vernunft ausgestattete Recht fordert er die überlieferte mittelalterliche Würde und Macht, die Souveränität. Über dem Herrscher, über dem Staat soll das Recht stehen. „Magna Charta is such a fellow, that he will have no sovereign.“ „The Law is supreme.“ ¹⁾

Gewiß soll Cokes Identifizierung von Recht und Vernunft nicht um jedes Gesetz und Gesetzlein, um jeden Brauch und jedes Bräuchlein die Gloriole ziehen. Es geht ihm vor allem um die Sanktionierung der „Fundamental Laws and Maxims“, der Grundprinzipien der Verfassung, des Rechts und der Rechtsfindung, die durch den Absolutismus in Frage gestellt waren. Daß von der kräftigen Verherrlichung dieser Grundprinzipien auch ein Schimmer auf Gesetz und Gesetzlein fiel, war natürlich. Die Anerkennung der Maxime „cessante ratione cessat ipsa lex“ mußte zu einer unbedeutenden Einschränkung der Gesetzesautorität zusammenschrumpfen, sobald im Grundsätzlichen *lex* und *ratio* eins waren. Aber erst im Legalismus des 18. Jahrhunderts haben sich die schlechten Folgen von Cokes Rechtsverherrlichung bemerkbar gemacht. Dem Common Law des frühen 17. Jahrhunderts hat er mit der Verleihung der Vernunft eine unschätzbare Mitgift gegeben: Die Immunität gegen den Angriff rational-naturrechtlicher Ideen, die zeitlich und geistig im Gefolge des Stuart-Absolutismus zur Herrschaft drängten.

Mit dem metaphysischen Gedankengut dieses Absolutismus, dem Gottesgnadentum Jakobs I., hat Cokes Rechtsverteidigung nicht mehr rivalisiert. Auf die übernatürliche Weihe des Rechts, um deren Erhaltung der Serjeant und auch Hooker noch bemüht waren, hat Coke verzichtet. Sein Law ist säkularisiert, ist vom gottwohlgefälligen zum vernünftigen Recht geworden.

¹⁾ Institutes II, zit. G. P. Gooch 64

Aber die durch die metaphysische Krönung gewirkte ideelle Einheit von altem und gutem Recht ist trotz der Verweltlichung des Rechts nicht zerfallen. Coke nahm ihr die Bindung an die Höhe, die Transzendenz, er gab ihr jedoch dafür die Strahlkraft einer Mitte, die Immanenz der Vernunft. Es mag das für das alte Law eine Einbuße an Würde und Weihe gewesen sein, aber es bedeutete für den Augenblick des akuten Verfassungskampfes einen Zuwachs an rechtspolitischer Kraft und Autorität. Denn wenn nach Hookers letzter Erkenntnis Law of God und Human Law niemals eins werden konnten, wenn bei allem Streben nach Vollkommenheit das irdische Recht doch unvollkommen bleiben mußte, so war es mit dem Verhältnis von altem Recht und ratio bei Edward Coke doch eine andere Sache. Diese Ratio war, wenngleich göttlichen Ursprungs, in ihrer Realität eine menschliche Kraft, war Leistung des Geistes, war Erkenntnis und Weisheit. Hatte Hooker zwischen Gott und Recht nur die Annäherung wagen können, so konnte Coke ohne Skrupel für Vernunft und Recht die Vereinigung vollziehen. Sein Recht war Vernunft, und seine Vernunft war als objektive Recht, als subjektive rechtlich, d. h. aus Rechtsquellen gespeiste menschliche Erkenntnis.

Karl I. hat das Dokument dieser Rechtsvernunft, die Forderung nach vernünftigem Recht, die „Petition of Right“ von 1628 mit der königlichen Zustimmung „Soit droit fait comme est désiré“ beantworten müssen. Die souveräne Ratio hatte, noch ehe sie die Höhe ihrer Bildungsmächtigkeit erreicht hatte, gegen die Vernunft des englischen Law eine Niederlage erlitten.

d) Matthew Hale und Thomas Hobbes.

Cokes Rechtsverteidigung, so wirksam und erfolgreich sie innerhalb des Verfassungskampfes war, hat die volle Entfaltung des rationalen Staats- und Rechtsdenkens im England des 17. Jahrhunderts nicht hemmen können. Die Aufgabe, mit der von religiösen Bindungen

befreiten Vernunft die Ordnung der menschlichen Gemeinschaft neu zu gestalten, zog die besten Köpfe in ihren Bann. Der Glaube, daß man am „Faden der Vernunft . . . von der Zweifel Finsternis . . . zu dem hellsten Licht“ gelangen könne, war der mächtige Impetus der Staats- und Rechtskonstrukteure des 17. und 18. Jahrhunderts.

Einer ihrer bedeutendsten ist der Engländer Thomas Hobbes gewesen, der um die Mitte des 17. Jahrhunderts den „Faden der Vernunft“¹⁾ ergreift und ein neues Bild von Staat und Mensch damit webt. Seine Technik, gelernt bei Galilei und Gassendi, ist die der Mathematik als „reiner Vernunft“. Denken heißt rechnen. Was die moderne Zeit über die Barbarei vergangener Jahrhunderte erhebt, ist beinahe alles der Mathematik zu verdanken²⁾. Wenn nur auch die moralischen Schriften der Philosophen sich endlich der Methoden der Mathematik bedienen wollten! Sie wären dann im Stande, auch etwas zur Erkenntnis der Wahrheit beizutragen, und die Ungewißheit und Fragwürdigkeit der rechtlich-sittlichen Wertordnung hätte ein Ende. Damit wäre ein Übelstand beseitigt, der Hobbes in tiefster Seele zuwider ist. Denn er haßt jegliche Ungewißheit, er fürchtet Konflikte, er liebt Ruhe, Beschaulichkeit, Ordnung, Sicherheit. Aus dem England des Bürgerkriegs flüchtet er 1640 in das gefestigte Frankreich. Erst nach elf Jahren, als Cromwell mit den „Ironsides“ eiserne Ordnung geschaffen hat, kehrt er nach England zurück. „Privat“ ist er zeit seines Lebens gewesen, in jungen Jahren Privatlehrer, im Alter Privatgelehrter. „... Jeder ist außer Gefahr, der sich im Verborgenen hält, nur die Ehrgeizigen sind gefährdet.“³⁾

Hinter dieser kümmerlichen Lebensweisheit steht die düstere Anthropologie des Misanthropen Hobbes: „Homo homini lupus.“ Zwei Triebe beherrschen den Menschen: Die Cupiditas naturalis und die Ratio Naturalis, der Machttrieb und der Selbsterhaltungstrieb. Von diesen beiden Postulaten aus deduziert Hobbes mit „mathematischer“ Vernunft die Gesetzmäßigkeit des gesellschaft-

1) De Cive, Widmung; 1642

2) De Cive, Widmung

3) De Cive 10, § 7

lichen Lebens. Trieb eins verursacht den Krieg aller gegen alle, Trieb zwei verlangt Beendigung des Krieges durch einen Staatsvertrag. Die Staatsaufgabe stellt sich dar als Bändigung der Individuen. Dazu bedarf es der Staatsmacht. Sie kann wirksam nur sein, wenn sie vollkommen, ungeteilt, unbeschränkt ist. Der Vertrag muß also für den Staat absolute Souveränität, für die Untertanen absolute Ergebung festsetzen.

Auf diese Weise ist zu erreichen, was Hobbes ersehnt: Die Uniformität der Meinung, des Urteils, der Werte, des Geistes. Es gibt nur eine Religion, die Staatsreligion, nur ein Recht, das Staatsrecht, nur ein Gewissen, das Staatsgewissen, nur ein Wohl, das Staatswohl. Es gibt keine Sekten mehr, keinen Verfassungskampf und keinen Königs mord, keine „Pilgrimage of Grace“ und keine „Petition of Right“. In Hobbes' Staat herrscht Ruhe. „Die Ruhe eines Kirchhofs“, ist man geneigt zu sagen – aber Hobbes war anderer Meinung. Er fand, die Freiheit des Bürgers sei in der absoluten Monarchie nicht geringer als in der Demokratie, Tyrannenscheu sei so etwas wie Wasserscheu! Was er allerdings unter Freiheit verstand, war kaum geeignet, mit dem Begriff der „Alten englischen Freiheit“ Verbindung aufzunehmen. Dieser Begriff hatte Freiheit und Gesetz, Verpflichtung und Berechtigung in sich vereinigt. Coke hatte mit Vorliebe darauf hingewiesen, daß die Freiheit des Untertanen im Gesetz des Landes verankert sei, daß *lex*, *jus*, und *libertas* oft bedeutungsgleich seien.

Hobbes dagegen kontrastiert Gesetz und Freiheit. Wo das Gesetz aufhört, fängt die Freiheit an. Sie ist die Möglichkeit, das zu tun, was das Gesetz nicht verbietet, und das zu lassen, was das Gesetz nicht befiehlt. Diese scharfe Trennung von Staats- und Privatsphäre zeigt deutlich, was Hobbes' eigentliches Anliegen ist: Die Wahrung eines Zipfels von Privatleben, eines windstillen, geschützten Eckchens, in dem man sicher und unbehelligt leben kann. Hobbes liebt den Staat seiner Philosophie nicht, er hat eine ähnliche Stellung zu ihm wie Luther zur Zuchtrute des Bösen, zum notwendigen Übel, zur Kainsgründung; er bejaht die Macht zwecks Unterdrückung

einer säkularisierten Erbsünde, zwecks Ermöglichung eines stillen Lebenswandels.

Mit seiner Staatsallmachtstheorie jedoch mußte Hobbes – entgegen seinem eigentlichen Wollen – publik werden und mitten hinein in den gefürchteten Verfassungskampf geraten. Der Protest gegen seine Philosophie kam einmal aus den Reihen der religiösen „Dissenters“. Katholiken und Protestanten, die Duldung im Staat beanspruchten, lehnten den intoleranten „Leviathan“ ab. Die schärfsten Gegner aber fand Hobbes begreiflicherweise in der parlamentarischen Verfassungspartei.

Herausforderung für die Lawyers war die 1681 erstmalig gedruckte rechtsphilosophische Schrift: „A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England.“ Hobbes hat darin versucht, die Idee des englischen Common Law, wie er sie bei Coke entwickelt fand, gemäß seiner eigenen Anschauung von Staat und Recht zu reformieren.

Law ist für ihn „the command of him or them that have the sovereign power, given to those that be his or their subjects, declaring publicly and plainly what every of them may do, and what they must forbear to do.“¹⁾ Die Verbindlichkeit des Gesetzes folgt also aus der souveränen Befehlsgewalt des Gesetzgebers. Jede inhaltliche Gesetzesdefinition lehnt Hobbes ab; besonderen Anstoß nimmt er an der Auffassung Cokes, das Law verkörpere die vollkommene Vernunft. „Legal reason“ ist nach seiner Ansicht eine *contradictio in adjecto*, denn „there is no reason in earthly creatures, but human reason“; es gibt keine gesetzliche sondern nur eine menschliche Vernunft. Zwar versteht sich Hobbes zu der Einräumung, daß die Vernunft einen wünschenswerten Gesetzesinhalt darstelle, – jedoch könne es sich immer nur um natürliche, nicht um künstliche Vernunft handeln. Der Common Lawyer, der im Dialog die Rechts- und Vernunftauffassung Cokes vertritt, wird von den Thesen des Philosophers-Hobbes widerlegt und gibt mit den Worten „I know not what to say“ die Verteidigung auf.

1) Dialogue 26

Nicht so die Common Lawyers der Inns of Court und des Parlements. Für sie schreibt Matthew Hale die „Reflections on Mister Hobbes his Dialogue of the Lawe“.

Hale ist Zeitgenosse seines großen Gegners gewesen. Auch er ist hineingeboren in die Wirren der Verfassungs- und Religionskämpfe, aber er weicht ihnen nicht aus. Stets finden wir ihn aktiv im Zentrum der Auseinandersetzung.

Als junger Rechtsstudent nimmt er teil an den humanistischen, historischen und rechtshistorischen Studien der „Antiquarian society“, der berühmten, 1572 begründeten Pflegestätte der Renaissance-Wissenschaft. Hier lehren Selden, der Verteidiger der ständischen Idee, und Bacon, der Anwalt der Krone. Robert Cotton, der große Antiquar und Bibliophile, unterstützt die Arbeit der Gesellschaft durch seine reiche Bücher- und Handschriftensammlung. Mit seiner Hilfe entstehen die ersten wissenschaftlichen Editionen und Kommentare frühmittelalterlicher Rechts- und Geschichts-Quellen und das erste „Saxon-Latin-English Dictionary“.

Simon D' Ewes, Mitglied der Gesellschaft, berichtet in seiner Autobiographie über sein Rechtsstudium: „I at first read records only to find out the matter of law contained in them; but afterwards perceiving other excellences might be observed from them, both historical and national, I always continued the study of them after I had left the Middle Temple and given over the study of the law itself.“¹⁾ In derselben Art und Weise hat auch Hale das Studium des Rechts betrieben, wohl als Fachstudium, aber im Rahmen einer weiter gespannten Schau, welche die gesamte geschichtliche Vergangenheit der Nation mitumfaßte.

Coke war der große „conservative Lawyer“ gewesen, Hale aber hat man den ersten „historically minded lawyer“ genannt. Wenn er zu einer Entscheidung die Vorentscheidungen sammelt, so geschieht es nicht mehr in der wahllos häufenden anachronistischen Manier Cokes. Er will die Geschichte nicht nur zum Beleg seiner persönlichen Thesen benutzen, sondern sie auch in ihrem eignen Geist, um

¹⁾ ed. Halliwell, zitiert Holdsw. V, 405

ihrer selbst willen, wieder aufleben lassen. Bleibt diese Absicht noch weitgehend Absicht, so ist sie doch symptomatisch für Hales vorzüglichsten Charakterzug: Seine Unparteilichkeit. Er ist zeit seines Lebens bemüht gewesen, die Dinge in ihrer Eigengesetzlichkeit zu sehen und jedem das seine zu geben. Dies Bemühen stempelt auch sein Werk. Es ist mehr Erkenntnis darin als Polemik, mehr Versöhnung als Behauptung. Coke verteidigt sein Recht, das Recht seiner Gilde, seiner Partei, Hale arbeitet für das Recht, das gerechte Recht. – Gewiß, er sieht die Gerechtigkeit, soweit sie ihm überhaupt erfüllbar ist, vorwiegend im alten, geschichtlichen Recht des Landes, aber eben vorwiegend, nicht ausschließlich. Diese Akzentverschiebung genügt, um sein Wirken und Werk von dem Cokes abzusetzen. Er ist in Weisheit und Vermittlertum eher Hooker, dem Mann der *via media* vergleichbar, während Cokes kämpferische Natur an die des Serjeant at Law erinnert.

Im Zentrum des Verfassungskampfes hat Hale dem Recht gedient. Er, nach streng puritanischen Grundsätzen erzogen, verteidigt den Erzbischof Laud, den Feind der Puritaner, gegen die Anklagen des Langen Parlaments. Er, aufgewachsen in der Tradition des Common Law, Sohn eines Barrister, Student der Gilde, wird 1671 erster Richter des King's Bench, des Oberhofgerichts, in welchem der König nicht selten ein „*overruling*“ des alten Rechts zu veranstalten pflegte.

Von Hale wird berichtet, daß er dieses höchst prekäre Richteramt am King's Bench zur Zufriedenheit von König und Volk bekleidet habe. Auch nachdem er es krankheitshalber habe niederlegen müssen, sei ihm auf Anweisung Karls II. das richterliche Gehalt bis zu seinem Tod weiterbezahlt worden. Er muß beherrscht gewesen sein von „*judicial impartiality*“, muß tiefe Religiosität mit Toleranz, strenge Rechtlichkeit mit Konzilianz zu verbinden gewußt haben.

Hale also ist es, der im Fall „*Hobbes contra Common Law*“ das Common Law verteidigt.

Sein Plädoyer gliedert sich in zwei Teile: 1. „*Of Laws in Generall*

and the Law of Reason“. – 2. „Of Sovereigne Power“. Zuerst wird das Grundproblem behandelt, das Verhältnis von Recht und Vernunft. Aus dem Schluß dieser Überlegung ergibt sich dann Hales Stellungnahme zum Problem der Souveränität.

Ähnlich wie Hooker den Begriff des „Law“ zerlegt hatte, analysiert Hale den Begriff der Vernunft: „When we speake of reason, we are to consider itt under severall notions“.

Da ist erstens die Welt- oder Schöpfungsvernunft. Sie durchdringt als ordnendes Prinzip die ganze belebte und unbelebte Natur und existiert, nach Hales Meinung, unabhängig von menschlicher Erkenntnis.

Da ist zweitens die menschliche Vernunft. Als genereller Begriff bezeichnet sie die Fähigkeit des Menschen zu Bewußtsein und Erkenntnis, die ihn von allen übrigen Lebewesen unterscheidet. In ihrer besonderen Existenz aber besteht sie nie als die Vernunft schlechthin, sondern nur als Vernunft-Art oder Vernunft-Begabung. Deren gibt es viele, so die mathematische, die physikalische, die politische, die juristische, die musische Begabung. Der Mensch kann mehrere davon besitzen, alle hat er sie selten, beinahe nie.

Stehen nun die Vernunftbegabungen wertgemäß alle in einer Reihe, so zerfallen sie artgemäß in zwei große Gruppen: Die mathematische und die moralisch-politische. Und dieser Gliederung der subjektiven Vernunft-Begabungen entsprechend teilt sich auch die objektive Vernunft, die Wissenschaft, in zwei gesonderte Bereiche: Wiederum den mathematischen und den moralisch-politischen.

Die geistige Leistung des ersten Bereiches ist zeitlos, staatenlos, allgemein und immerwährend gültig und in sich selbst vollkommen. Die des zweiten, des moralisch-politischen Bereiches, ist in ihrer Gültigkeit vergänglich, zeitlich und räumlich bedingt und in sich selbst unvollkommen, steter Erneuerung und Verbesserung bedürftig.

In diesen zweiten Bereich gehört die Wissenschaft vom Recht. Sie kann nicht exakt und konstant in der Weise der mathematischen Wissenschaften sein. Einmal ist ihr Gegenstand nicht die ewige Natur, sondern der vergängliche Mensch in der sich wandelnden

Geschichte. Mit „particulars“ und „circumstances“ hat sich die Wissenschaft vom Recht zu befassen, mit geistiger Vielfalt und Bewegung, davon sie zeitlich und räumlich stets nur ein Teilstück erfassen, ergründen und ordnen kann.

Zum andern aber sind die Maßstäbe des Ordners und Wertens nicht geeicht wie die der Mathematik.

Vier ist zwei mal zwei – was aber ist gerecht? Hale meint, eine allgemeine Vernunft-Vorstellung des Gerechten und Sinnvollen sei zwar vorhanden – „the common notions of Just and Fitt are common to all men of reason“ – aber über das, was in concreto gerecht sei, gingen die Meinungen weit auseinander. „When persons come to particular application of those common notions to particular Instances and Occasions, we shall rarely find a Common Consent or agreement between men though of greate reason.“

Es mag dies wohl der einzige Satz der „Reflections“ gewesen sein, dem auch der Antipode Hobbes zustimmen konnte. Die Erfahrung der „Instability“ und „Contradiction“ menschlicher Werturteile hatte ja auch er machen müssen. Von ihr war er in die Sicherheit der Mathematik, in die Kirchhofsruhe des Leviathan geflüchtet. Aber dorthin folgt Hale ihm nicht. Hobbes' Lösung der Wert-Konflikte stellt für ihn nur eine Scheinlösung dar, Hobbes' Mensch und Staat gehören einer Scheinwelt an, einer Wirklichkeit, die durch generalisierende, abstrahierende Betrachtungsweise verzerrt, vergrößert und verflacht ist. Die mathematische Deduktion eines Staates von einigen wenigen anthropologischen Postulaten her kann nur falsche Ergebnisse bringen, weil Stoff und Technik, Wissenschaft und Methode in diesem Fall einander nicht gemäß sind. Hale lehnt solches Verfahren ab. Er weist die mathematische Vernunft in den ihr gemäßen Bereich der Natur zurück und fordert für die Lösung von Staats- und Rechtsproblemen eine adäquate Art von Vernunft. Sie soll nicht durch Logik sondern durch Beobachtung und Erfahrung „observation and experience“, geschult und gebildet werden.

Die Beobachtung soll dem gelten, was Hale „circumstances“ nennt.

Sie soll den geschichtlichen Augenblick, die soziale, politische, rechtliche Situation eines Staats erfassen.

Die Erfahrung aber, die stärkste Stütze der Rechtsvernunft, wendet sich rückwärts, zur Vergangenheit. Keiner, auch der klügste Kopf nicht, kann zur Rechtsprechung oder Rechtsetzung zugelassen werden, ohne profunde Kenntnis dessen, was Recht gewesen ist und sich als Recht bewährt hat. Nur im Einklang mit diesem alten Recht der Vergangenheit kann bestehendes Recht reformiert und neues Recht geschaffen werden.

„It is a reason for me to preferre a Law by which a Kingdome hath been happily governed four or five hundred years then to adventure the happiness and Peace of a Kingdome upon some new Theory of my owne though I am better acquainted with the reasonableness of my owne theory then with that Law. I have reason to assure myselfe that Long Experience makes more discoveries touching conveniences or inconveniencies of Laws then is possible for the wisest Councill of men att first to foresee.“

„Laws ... are the Production of long and iterated Experience which, though it be commonly called the mistriss of fooles, yett certainly itt is the wisest Expedient among mankind, and discovers those defects and Supplys which no witt of Man coud either at once foresee or aptly remedye.“

Für Hale gibt es also genau wie für Hooker und Coke im Kompetenzstreit der Rechtsprinzipien nur eine Berufungsinstanz: Die Vergangenheit, nur ein Kriterium: Die geschichtliche Bewährung. Und so verlangt er vom Rechtsstudenten, was auch Coke verlangt hatte: „Great study and learning of History“, „Reading of ancient authors and book cases“. Hatte Hobbes voll Vernunft-Arroganz erklärt: „I pretend within a month or two to make myself able to perform the office of a judge“, so betont Hale immer wieder, wie wenig brauchbar und zureichend die „reine“ Vernunft für den Rechtskundigen sei. „Men are not borne Common Lawyers, neither can the bare Exerciss of the Faculty of Reason give a man a sufficient knowledge of it.“ Diese Ansicht, in Wort und Geist so

ähnlich derjenigen, die Coke gegen Jakob I. vertreten hatte, zeigt den roten Faden der Traditionsgebundenheit, der Werk und Wirken aller Lawyers miteinander verbindet. Was Hale dennoch von Coke abhebt, sein plus an Überschau und Weisheit, sein minus an Parteinahme und Kämpfertum, ist nicht nur als Leistung seiner Persönlichkeit sondern auch als Spiegel einer veränderten Zeit zu werten. Als Coke die „Institutes“ niederschrieb und die „Petition of Right“ einbringen ließ, hatte Hale noch kaum das zwanzigste Lebensjahr erreicht. Er gehört nicht mehr zur Kampf-Generation der Eliot, Strode, Hampden, Pym, die für ihr konservatives Rechts- und Verfassungsideal mit Gut und Leben einstehen mußten. Zwischen den ersten und letzten Stuarts liegt die Gesetzgebung des Langen Parlaments, deren Früchte Hale und seiner Partei bereits zugute gekommen sind. Die neue Polemik kann es sich leisten, besonnener und konzilianter zu sein.

Cokes emphatische Rechtsverherrlichung erscheint nun leise gedämpft. Als „absolute perfection of reason“ tritt das Common Law bei Hale nicht mehr auf. Mit der Scheidung der Wissenschaft in die exakte mathematische und die unexakte moralisch-politische hat er für die letztere die Begriffe „absolut“ und „perfekt“ gestrichen. Nur in der Zahlenwelt der Mathematik besteht die Weltvernunft ungebrochen, überzeitlich und überstaatlich. Gesetz und Recht aber gehören der Geschichte, der Vergänglichkeit an und sind unvollkommen wie alles Menschenwerk. „It is not possible for any human thing to be wholly perfect.“ Das Wissen um diese Grenze menschlichen Vermögens bringt in Hales Sprache den Ton der Mäßigung und Bescheidung. Er sucht nicht die beste sondern die bestmögliche Rechtsordnung, nicht das Gesetz „without mischief“ sondern das Gesetz „with as few mischiefs as may be“. Die Formulierung zeigt, daß Hale dem Gegenstand seines Plädoyers kritisch gegenüber steht. Viel offener als Coke hat er die Schwächen des Common Law zugegeben und besprochen. Gesetz und Recht, meint er, die aus der Vergangenheit übernommen seien, müßten für die Gegenwart notwendig Härte und Rückständigkeit mit sich bringen.

Darum fordert er vom Rechtskundigen neben „Experience“, Rechtserfahrung, auch „Observation“, Umsicht, Rücksicht auf Rechtsgefühl und Rechtsbedarf der Gegenwart.

Trotz dieser Einschränkungen bleibt die Treue zum alten Recht groß und bestimmend. Die zugestandenen Neuerungen sind geringe Modifikationen eines im ganzen unantastbaren Bestandes. Coke hatte für das lang bewährte und bewahrte Verhältnis von alt und neu, statisch und dynamisch das Gleichnis von Acker und Korn gewählt; Hale nun findet ein neues, einprägsames Bild. In seiner Geschichte des Common Law – der ersten übrigens, die geschrieben wurde – lesen wir: „Though particular variations . . . have happened in the laws yet they being only partial and successive, we may with just reason say, they are the same English laws now, that they were six hundred years since, in the general; as the Argonauts ship was the same when it returned home as it was when it went out; though in that long voyage it had successive amendments and scarce came back with any of its former materials . . .“ (84).

Ähnliche Vergleiche finden sich in den „Considerations touching the Amendment or Alteration of Laws“, doch zeigt das Bild des Argonauten-Schiffs am deutlichsten, was Hale vom Wesen des Common Law aussagen will: Wie das Schiff trotz materieller Umgestaltungen seine Idee und seine Bestimmung bewahrt hat, wie es niemals irgendein Schiff, sondern immer Argonauten-Schiff war, so ist dem Common Law, ungeachtet aller „Amendments“, die geistige Substanz geblieben. Die „Fundamental Laws, Maxims and Principles“, zu denen Coke vor allem das Rule of Law, das Case Law-Prinzip, das Law and Custom of Parliament und das Local Self Government gezählt hatte, diese Grundzüge der englischen Verfassung und des englischen Rechts lagen für alle Lawyers unveränderlich fest. Sie waren Acker, der immer neue Frucht brachte, Schiff, das allen Stürmen trotzte, sie waren bleibender, unteilbarer, unveräußerlicher Besitz.

Zusammenfassung des ersten Teiles:

Die Vernunft der Unvollkommenheit.

Würdigen wir noch einmal kurz den geistigen Kampf um den Bestand des Common Law, den wir von etwa 1530 bis 1680, also durch anderthalb Jahrhunderte englischer Geschichte verfolgt haben:

Im Zentrum der Auseinandersetzung vollzieht sich, was gleichermaßen an der Peripherie, in Rechtstechnik und Rechtspolitik zu beobachten war: Die Selbstbehauptung und Erhaltung des Rechts im bewährten Rhythmus von Dauer und Wechsel, Beharrung und Anpassung.

Was die Anpassung betrifft, so haben Coke und der Serjeant at Law hier das Beste geleistet. Dem Angriff des Gegners entsprechend haben sie das Recht gewappnet: Wider das Law of God mit der metaphysischen Weihe, wider das Law of Reason mit der „kunstvollen“ Rechtsvernunft. Beide Male ist die Forderung konkurrierender Rechtsideen an das Common Law erfüllt und das alte Recht durch neue Ideen verjüngt worden.

Dieser Modernisierungsprozeß mit seiner vom Gegner herausgeforderten Philosophie und Terminologie der Anpassung wird überschattet von den breiten Phasen des Beharrens, in denen die Besinnung auf eigne Werte und die Abkehr von den Zielen und Forderungen der Gegner dominiert.

Jene Gegner des Common Law, Papisten, Calvinisten, „Absolutisten“, Rationalisten, heteronomen und heterogenen Ideen verpflichtet, waren doch durch die Waffe des Angriffs eng miteinander verwandt. Alle vertraten sie den Anspruch eines wesensmäßig vollkommenen und unbedingt gültigen und verbindlichen Gesetzes. Dem Serjeant und Hooker trat dies Gesetz als Law of God entgegen, Coke und Hale als Law of Reason.

Was alle vier Rechtsverteidiger diesem Anspruch zunächst entgegenzusetzen, ist ein kräftiger Appell an die mit dem alten Common

Law verquickten, spezifisch englischen Ideale: Die Nation, die Vätertreue, die Freiheit.

Ein Bekenntnis zum Recht bedeutete auch ein Bekenntnis zum Reich, das mit dem Recht zugleich geworden und von ihm geformt worden war. Was hier entdeckt und sanktioniert wird, ist mehr als nur die verfassungsrechtlich bestimmte Struktur des Staates. Hooker, der große Anwalt der Verbindung von Recht und Staat, hat ausgesprochen, was für ihn der Staat bedeutete: Gemeinschaft in Dingen des Geistes und der Seele. Und so ist auch das Law mehr als nur Verfassungsrecht; es ist Teil des gesamten geistigen Gutes der Nation.

Ebenso eindrucksvoll hat Coke die Verbundenheit von „Law“ und „Liberty“ dargestellt. Wo existiert die englische Freiheit, wenn nicht im Recht und durch das Recht? An jedem der großen Statutes wird demonstriert, wie im Worte der Geist wohnt, wie von unzähligen Einzelrechten und -pflichten die politisch-soziale Stellung des „freien“ Engländers bestimmt wird.

Da nun das Law nicht auf einmal, sondern schichtweise, in Jahren und Jahrhunderten entstanden ist, bedeutet seine Verzweigung im Einzelnen und Mannigfaltigen zugleich Verwurzelung im Vergangenen, in der Zeit. Wer Recht studiert und praktiziert, schöpft aus der Weisheit ungezählter Vorfahren, ehrt den Geist vergangener Jahrhunderte und übt so die hohe Tugend der Vätertreue und Traditionsachtung.

Irrationale Kräfte sind es, die hier von den „Lawyers“ aufgerufen werden. Ihre Beschwörung macht die wärmsten, farbigsten, überzeugendsten Passagen der Plädoyers aus. Stolz, Treue, Ehrfurcht, Begeisterung, die im engen Kreis der Mitstreiter und im weiten Rund des ganzen Volkes geweckt werden sollen, sind im Werk der Lawyers beispielhaft vorexerziert. Von ihnen geht die ursprüngliche und wohl die stärkste Kraft des Widerstandes aus. Vor aller Vernunft, dies wird beim Lesen der Plädoyers einsichtig, hat das Gefühl für das alte Recht entschieden.

Doch muß unter den Kräften des Beharrens auch der rationale Beitrag gewürdigt werden, der von den Lawyers geleistet worden

ist. Hooker und Hale, unter den vier Rechtsverteidigern die zwei bedeutendsten, haben versucht, die impulsiv gefühlte Parteinahme für das eigne, nationale Law vor dem Forum der Vernunft zu rechtfertigen durch eine Besinnung auf Mensch, Staat und Recht.

Diese Besinnung geht freilich nicht vom naturrechtlich-generellen Begriff des Menschen aus. Wenn auch Hooker Ansätze zu einer allgemeinen Anthropologie gemacht hat, so gibt es doch für ihn und alle Lawyers im Grunde nur den besonderen, den geschichtlichen, den „Staatsmenschen“. Das Wissen um ihn ist kein spekulatives, sondern ein intuitives, gewonnen aus der besonderen verfassungsmäßigen Struktur Englands, die in hohem Maße geeignet war, aus Menschen „Staatsmenschen“, Bürger zu machen.

Neben diesem gleichsam angeborenen Sinn für das Nationale und Politische ist bestimmend für das Welt- und Menschenbild der Lawyers auch deren Orientierung nach der Praxis gewesen. Ihr Beruf, der sie vor die Probleme immer neuer Konflikte im staatlichen und gesellschaftlichen Leben stellte, erzog sie zu wachem, nüchternem Erfassen der Wirklichkeit, zur Prüfung jeder Theorie durch die praktische Bewährung, zum Verzicht auf das Beste um des Bestmöglichen willen.

Unter diesem Aspekt des Politisch-Praktischen werden von Hooker und Hale nun die konkurrierenden Rechtskonzeptionen gewürdigt. Ihre wesensmäßige Vollkommenheit, ihre zeitlose Gültigkeit werden vorbehaltlos anerkannt. Dessenungeachtet oder gerade dessentwegen wird ihr Herrschaftsanspruch über das eigne, nationale Recht zurückgewiesen. Hooker lehnt das Law of God als oberstes Rechtskriterium ab und fordert vom Recht statt himmlischer Vollkommenheit irdische Zweckmäßigkeit und Bewährtheit. Hale bestreitet die Zuständigkeit der mathematischen Vernunft für die Lösung rechtlicher Fragen und verlangt hierfür den Primat der „moralisch-politischen“ Vernunft. Was „Law“ von Gott ist, kann nicht gleichermaßen auch „Law“ für die Welt sein, und das Gesetz der Natur ist nicht das Gesetz der Geschichte.

Beide Male aber ist der Akt der Scheidung kein Akt der Beschei-

dung. Die Ausrichtung des Common Law nach den konkurrierenden Rechtsanschauungen wird von den Lawyers nicht als unerreichbar, sondern als unerwünscht, unzweckmäßig, ja unvernünftig abgelehnt. Wer, wie die Presbyterianer und Täufer, eine menschliche Rechtsordnung als volle Verwirklichung göttlichen Gebotes schaffen will, der stiftet keinen Himmel auf Erden, sondern Unruhe, Verwirrung, Chaos. Und wer glaubt, den Staat vervollkommen zu können, indem er ihn rein vernünftig einrichtet, der wird keinen Vernunft-Staat, sondern einen seelen- und sinnlosen Mechanismus erfinden.

Weltliches Recht kann nur durch weltliches Recht, Common Law nur durch Common Law verbessert und ergänzt werden. Denn der weltliche, der geschichtliche Staat, mag er für die Heiligen oder Vernünftigen Rohstoff sein, er ist für die Lawyers „geprägte Form“, er besitzt Eigenart, Eigengesetzlichkeit, Eigenwerte, die sein Leben und seinen Sinn ausmachen und darum unantastbar sind.

Wenn in den konkurrierenden Rechtsanschauungen die Vernunft stets bei der Vollkommenheit, der Exaktheit, der Ewigkeit zu finden ist, so stellen die Lawyers dagegen eine Vernunft der Unvollkommenheit, der Weltlichkeit, der Vergänglichkeit. Es ist dies eine bescheidene Vernunft gewesen, sofern sie das Auch-Gute im Gegensatz zum Nur-Guten, das Bestmögliche im Gegensatz zum Besten war. Keiner der Lawyers hat die Verabsolutierung oder Vergötzung des Staates erstrebt, keiner trat in die Spuren Machiavellis. Common Sense, Weltklugheit, praktischer Verstand vereinten sich mit kräftigem Gottglauben und der fest bewahrten Vorstellung von der religiösen Dienerschaft des Staates.

Aber jene Vernunft der Unvollkommenheit war auch eine selbstsichere und unangreifbare, indem sie das Passende gegen das Nichtpassende, das Zugehörige gegen das Fremde vertrat. Der Weg zum ideellen „Soll“ des Staates lag für die Lawyers ein für allemal fest, er führte nicht aus der schon bestehenden Ordnung hinaus, sondern in sie hinein. Für Staat, Mensch und Recht lag das Wohl und Heil im Begriff des Zusammengehörens, des Zueinanderpassens beschlossen.

In diesem Begriff lebte, stärker noch als die Vorstellung eines umfriedeten Raumes, die einer gewissen, begrenzten Zeit. Es war die Einheit von Vergangenheit und Gegenwart, ein sinndurchwaltetes harmonisches Ganzes, in dem alles so bleiben sollte, wie es von jeher zueinander geordnet und aufeinander abgestimmt war.

„Geschichte“, wie sie das 19. und 20. Jahrhundert zu erfassen gelernt hat, gab es im Werk der Lawyers noch nicht. Matthew Hale hat zwar im Bemühen, Natur und Geschichte zu unterscheiden, schon treffende Charakteristika der letzteren gefunden: „The manners of many men ... are ... various, uncertain and complicated, both in themthelves and the circumstances adhering to them. We see in the concerns of one man, how various his actions, his passions, his concerns are, how they change every moment. What new circumstances adhere to them today that did not yesterday; and if the state of things be so various and complicated in one man, how various, intricate and perplexed will they be with a multitude of men! And if they are various in respect of a multitude of men, how various will they be with a multitude in various successions of ages, and occurencies or emergencies thereof!“¹⁾

Doch neben den Vorstellungen von Dynamik, von Individualität und Mannigfaltigkeit fehlt der Gedanke der geistigen Kontinuität und Erfäßbarkeit, der Gedanke der Vernunft. „Vernünftig“ ist die Geschichte nur, soweit sie in unmittelbarer Verbundenheit mit dem alten Recht gesehen wird, und da erscheint sie eben gar nicht als Geschichte, sondern als Vergangenheit, als kompakte idealisierte „Gute alte Zeit“.

Und ganz und gar ist die Idee des Common Law selbst keine im modernen Sinn „geschichtliche“ Konzeption. Man braucht sich nur Hales Bild des Argonauten-Schiffs zu vergegenwärtigen, um dessen gewiß zu sein, daß er die geistige Substanz des Rechts für statisch, nicht für dynamisch hielt, daß er sie als „ruhenden Pol in der Erscheinungen Flucht“ sah. Die lebensnotwendige geschichtliche Wandlung der „Fundamental Principles“ hat er entweder nicht

1) A history of the Common Law of England

erkannt, oder er hat sich nicht zu ihr bekannt. Und wir müssen einräumen, daß er daran als eingefleischter Lawyer gar nicht interessiert sein konnte. Es ging ihm ja ums Recht, nicht um die Geschichte. Eine dynamische Rechtssubstanz wäre der Gefahr der Relativierung und den Angriffen des „Absoluten“ und „Überzeitlichen“ viel stärker ausgesetzt gewesen. Darum beharrt Hale auf der statischen Konzeption. Bezeichnend dafür ist auch seine Gegenüberstellung von „time“ und „law“. Zuerst scheint es da, als ob er die Zeit als Herrin des Rechts darstellen wolle. Er nennt sie „the wisest thing in the inferiour world“, „much more ingenious, subtile and judicious, than all the wisest and acutest wits in the world co-existing can be“¹⁾. Das vollkommene Gesetz aber ist eben doch nicht das, welches von ihr beherrscht, geprägt worden ist, sondern das, dem sie nichts anhaben konnte, das sich ihr nicht unterworfen, sondern sie überwunden hat.

Daß die Zeit nicht Herrin, sondern Magd des Rechts ist, zeigt auf andere Weise die von den Lawyers im Rahmen ihrer Schriften geleistete Geschichtsschreibung. Sie ist pragmatisch, dient der Verherrlichung und Verteidigung des Rechts. Wer immer diesem Recht genützt hat, erhält sein Lob, wer ihm geschadet hat, seinen Tadel. Am eigenwilligsten hat hier Edward Coke geschaltet, in seiner Bewertung der englischen Könige nach ihrem Verhalten zum Common Law, in der sehr einseitigen Skizze der Equity-Geschichte oder in der Auslegung verfassungsrechtlicher Präzedentien. Von einem wirklichen Erfassen englischer Geschichte, sei es ihrer rechtsfördernden, sei es ihrer rechtshindernden Kräfte, kann gar keine Rede sein. Doch auch hier muß man in Rechnung stellen, daß Coke kein Geschichtsschreiber, sondern Rechtspraktiker und, die Aufgabe seiner Zeit erfüllend, Rechtsverteidiger, Kämpfer, Aktivist gewesen ist. Mit dem Kämpfen hörte das Verstehen auf. „History, so produced, will generally be, as history, worthless.“²⁾

1) Considerations, touching the Amendement or Alteration . . .

2) Holdsworth über Cokes Geschichtsschreibung; Essays in Legal History, ed. Vinogradoff, London 1913

Und doch darf man die Kluft zwischen der Geschichte und dem Vergangenheits-Recht der Lawyers nicht zu breit sehen. Es muß daran erinnert werden, daß jene Kluft in der Wirklichkeit des lebendigen Common Law gar nicht existierte. Denn einmal wurde dies Law an der Peripherie durch die Rechtspraxis beständig korrigiert und überholt, und zum ändern war auch das von den Lawyers für unveränderlich gehaltene Rechtszentrum dem geschichtlichen Wandel unterworfen. Denn dies Zentrum war ja selbst Geschichte, es war kein Aggregat allgemeiner, zeitloser, überstaatlicher Maximen, sondern eine Ordnung geschichtlich-nationaler Rechts- und Verfassungsgrundsätze. Für die Lawyers war freilich die Ordnung starr, gleichsam ein Stück gefrorener Rechtsgeschichte, ein Stück geschichtlichen Vernunftrechts. Sie haben es weder versucht noch erstrebt, dies gefrorene Recht in den breiten Fluß der Geschichte zu bringen, denn gerade die Vorstellung der Starre, der „Statik“ war es, an der die Kraft des Beharrens und Widerstehens sich stählte. Doch war der Inhalt jener statischen Rechtskonzeption, nämlich der Gedanke der Altehrwürdigkeit und der nationalen Individualität des Common Law, wie kaum ein anderer geeignet, zu weiterem Verständnis des Geschichtlichen die Brücke zu bilden.

ZWEITER TEIL:

DIE KONTINUITÄT ENGLISCHEN RECHTSDENKENS IM WERK EDMUND BURKES

Erstes Kapitel:

Das Common Law des 18. Jahrhunderts.

Das englische 18. Jahrhundert, welches das Erbe der Lawyers anzutreten bestimmt war – es ist auch jenes gewesen, in dem Edmund Burkes Leben sich erfüllte – trägt in der Geschichtsschreibung den Namen „Age of Settlement“ oder „Age of Pacification“. Eingeleitet von der „Glorious Revolution“, gefolgt von der „Industrial Revolution“, stand es selbst vorwiegend im Zeichen der Evolution, der Entwicklung vorgeprägter Form. Die „Act of Settlement“, schon im Namen dem Jahrhundert die Aufgabeweisend, hatte am Abschluß des Verfassungskampfes noch einmal die von Vätern und Vorvätern erhobene „Bitte um Recht“ wiederholt und hatte mit der Bestimmung über die richterliche Unabhängigkeit eine dauernde Gewähr für Sicherheit und Freiheit des Rechts erlangt.

„Fundamental principles were taken for granted.“¹⁾ Diese Gewißheit einer endgültig erkämpften und gefestigten Staatsordnung wurde zum Lebensgefühl, welches zumindest die ersten zwei Drittel des 18. Jahrhunderts beherrschte.

Der Schwerpunkt der Rechts- und Verfassungsentwicklung verlagerte sich von den Grundgesetzen zu den Ausführungsbestimmungen, von der Theorie zur Praxis, von der Verfassung zur Verwaltung. „For forms of government let fools contest, Whate’er is best administered, is best.“²⁾

Die Tendenz zur Praxis schien sich aus der vorläufigen Erschöpfung rechtstheoretischer Probleme folgerichtig zu ergeben. Doch erfuhr

1) Holdsworth X, 11 2) Pope, zit. Lennox 122

sie durch eben diese Situation auch ihre Hemmung und Begrenzung. Was im ganzen erreicht worden war, sollte nicht im einzelnen erneut in Frage gestellt werden. Jeder Ansatz zur Vervollkommenung bestehender Verfassungseinrichtungen war gehemmt durch deren grundsätzliche Unantastbarkeit. Nötige Verwaltungsreformen wurden aufgeschoben, weil man durch sie eine Erschütterung der Verfassungsstruktur befürchtete. Die relativ große Selbständigkeit der lokalen Verwaltung hatte zum Beispiel zu schlimmen Mißständen, besonders in Armenpflege und Gefängniswesen, geführt. Besserung aber unterblieb, weil sie einen staatlichen Eingriff in die verfassungsmäßig fixierte Freiheit des „Local Self Government“ bedeutet hätte. – Ebenso lähmte in der Rechtspraxis die Furcht vor der Verletzung eines „Fundamental Principle“ die Durchführung nötiger Reformen im materiellen Recht, im Verfahren und im Strafvollzug. Erst 1832 fiel z. B. die Todesstrafe, die auf Pferde- und Schafdiebstahl stand; 1790 noch wurden Frauen für schwere Vergehen verbrannt; bis 1770 bestand die sogenannte qualifizierte Todesstrafe des Schleifens, Hängens, Köpfens und Vierteilens.¹⁾

Der große ideelle Schwung des Verfassungskampfes war erstarrt, bevor er die Wirklichkeit ganz erfaßt hatte. Das 18. Jahrhundert wurde nicht die Epoche der Rechtspraxis sondern die der Rechtsinstitution und des Rechtsdogmas.

„It was an age of technicalities. Special pleaders split hairs in judicial proceedings. Conveyancers span out their subtleties to inordinate length in legal chambers. Form was worshipped for its own sake, often to the detriment of substance. The same spirit showed itself in the proceedings of parliament. It was, as Dr. Redlich has said, the Alexandrian epoch of parliamentary procedure. The principles evolved in creative and revolutionary periods were laborously reduced to form, and in the process life and growth were often arrested and tendencies were ossified into dogmas. Parliamentary procedure became a mystery, unintelligible except to the initiated... Forms were multiplied. No less than eighteen separate questions,

¹⁾ nach Hatschek

representing successive stages, had to be put and decided on every bill.“¹⁾

Dennoch hat sich das Recht auch im „Age of Settlement“ weiter entwickelt und gewandelt. Noch einmal vollzieht sich ein Akt der Anpassung. Die Rechtstheorie des positiven, geschichtlichen Common Law nimmt die Grundzüge des ungeschichtlichen, abstrakten „Law of reason“ oder „Law of nature“ in sich auf. Die Anfänge solcher „Adaptation“ reichen ins frühe 17. Jahrhundert zurück. Edward Coke postuliert am Beginn des Verfassungskampfes die Einheit von Vernunft und geschichtlichem Recht und bezieht das „Law of nature“ in das nationale englische Recht ein. „2. For the laws: 1. That ligeance or obedience of the subject to the Sovereign is due by the law of nature: 2. That this law of nature is part of the laws of England.“²⁾

Eine wesentliche Annäherung von Naturrecht und positivem Recht erfolgt achtzig Jahre später, von der Seite des Naturrechts, durch die „Two Treatises on Civil Government“ des John Locke, die 1689, nach der glorreichen Revolution erscheinen. Hier wird der konservativen Revolution nachträglich ein naturrechtliches Fundament untergeschoben. Der rationale Exkurs über die Menschenrechte stützt die Forderungen der Bill of Rights, und die Theorien vom Staatsvertrag und der Volkssouveränität bilden den naturrechtlichen Kommentar zur neuen Thronfolgeordnung.

Naturrechtliche Gedanken sind es auch, die im Lauf des 18. Jahrhunderts in die Theorie der Rechtsfindung aufgenommen werden und die Modernisierung des Case Law-Prinzips erleichtern. Auf diesen Akt der Anpassung ist im ersten Teil der Arbeit schon einmal hingewiesen worden. Die Berufung auf die Rechtsvernunft, die „Ratio Legis“, hat die englische Rechtsfindung vom mittelalterlichen Formalismus und Materialismus gelöst und die Möglichkeiten richterlicher Rechtschöpfung vermehrt.

Um die Mitte des 18. Jahrhunderts vollzieht dann William Black-

¹⁾ Sir Courtenay Ilbert, *Legislative Methods and Forms*, Oxford 1901, zit. Holdsworth X, 533 ²⁾ Rep. 7, f. 4b, 1609; zit. Holdsw. XI, 119

stone in seinen „Commentaries on the Laws of England“ (veröffentlicht 1765-69) die Eingliederung des „Law of Nature“ in das „Common Law“. Als Bestandteil des englischen Rechts, dessen systematische Darstellung den Inhalt der „Commentaries“ ausmacht, erscheint die Naturrechtslehre des Hugo Grotius. Blackstone hat sie wörtlich übernommen von dem italienischen Naturrechtler Burlamaqui, dessen „Principles of Natural and Politic Law“ 1752 ins Englische übersetzt worden waren.¹⁾ Blackstones „Commentaries“ sind noch zu seinen Lebzeiten in acht Auflagen durch England gegangen und haben auch dem 19. Jahrhundert in immer neuen Bearbeitungen als Autorität gegolten. Bereits 1774 aber ist auch die erste Blackstone-Ausgabe in Nordamerika erschienen, und die Publizistik der aufständischen amerikanischen Kolonien, die Blackstone häufig zitiert, stellt wiederum eine Verschmelzung geschichtlichen und rationalen Rechtsdenkens dar. Der Protest von 1776 beruft sich auf die „Menschenrechte“ und zugleich auf die alten ererbten englischen Rechte und Freiheiten. In einer amerikanischen Streitschrift von 1762 folgt dem Eingangssatz: „Gott hat alle Menschen gleich gemacht“ die Feststellung: „Die englische Regierungsverfassung, wie sie jetzt in Seiner Majestät Person und Familie eingerichtet ist, ist die weiseste und beste der Welt.“²⁾ Dabei läßt sich fragen, ob die „weiseste und beste Verfassung der Welt“ tatsächlich auf der Gleichheit aller Menschen aufgebaut war. Aber für die Kolonisten existierte die Frage nicht. Die Naturrechtslehren dienten nicht, wie im revolutionären Frankreich, der Prüfung, sondern der Bestätigung des positiven Rechts. Altes und gutes, vernünftiges Recht blieben identisch.

Auch bei Blackstone hat die Aufnahme naturrechtlicher Lehren die Parteinahme „for all things established“ nicht gehemmt. „Blackstonianism“ hat man den legalistischen, selbstzufriedenen Rechtsgeist des englischen 18. Jahrhunderts genannt. Mit einigem Recht. Daß der „Honourable Sir William Blackstone, Knight“ sich

¹⁾ nach Holdsw. XII, 642 u. 733 ²⁾ James Otis, Boston, 1762; zit. b. O. Vossler, „Die amerik. Revolutionsideale . . .“, S. 22/23

der Macht und Würde von Recht und Richterstand bewußt war, zeigt sein Werk und zeigt auch Gainsboroughs Porträt dieses Trägers von Allonge-Perücke und Talar. „He was naturally reserved“, schreibt Holdsworth, „his sense of the dignity of his office and his insistence on the observance of ceremonial forms made many think him unduly proud“¹⁾. Die geistig-sakrale Atmosphäre der Inns of Court durchdrang Blackstones Leben und Wirken, auch wenn es sich in seiner produktivsten Phase nicht in der alten Gilde sondern in der jungen, neu begründeten Common Law-Fakultät von Oxford abgespielt hat. Blackstone nämlich vollzog als erster Professor auf dem 1756 gestifteten ersten Lehrstuhl für englisches Recht die Verbindung zwischen Gilde und Universität, damit dokumentierend, daß es dem Recht des Landes wohl zukomme, an den höchsten Schulen des Landes gelehrt zu werden. „Of a constitution, so wisely contrived, so strongly raised, and so highly finished, it is hard to speak with that praise, which is justly and severely its due.“

Im Auditorium, das solche Apotheosen aufzunehmen hatte, herrschte allerdings nicht nur Andacht. Jeremy Bentham hat dort als Sechzehnjähriger, nach seinem eigenen Bekenntnis mit „rebel ears“ gesessen. Sein Rechtsstudium zeigte ihm, was ihm später seine Anwaltspraxis bestätigen sollte, daß das englische Law keine Einheit von positivem und vernünftigem Recht sei. Vernünftige Gesetzgebung war nach seiner Meinung nicht das Werk der Vergangenheit sondern die Aufgabe für die Gegenwart. Bentham hat an dieser Aufgabe sein Leben lang gearbeitet, er hat Vorschläge für die Neuordnung der Verwaltung, für soziale Reformen, für neuartige Gefängnisse und Arbeitshäuser gemacht und 1817 einen Plan für eine radikale Parlamentsreform entworfen. 1776 bereits aber läßt er als Achtundzwanzigjähriger eine Kritik Blackstones, einen „Comment on the Commentaries“ erscheinen, der das Jahrhundert auf die Schattenseiten seiner Verfassung hinweist und Blackstones Autorität einen nachhaltigen Stoß versetzt.

Angriffsziel dieses „Fragment on Government“ ist das vom Black-

¹⁾ XII, 708

stonianism hochgehaltene Kriterium der „legality“. Bentham erklärt, „legality“ bedeute wohl Übereinstimmung mit dem Gesetz, d. h. mit Rechtswillen und Rechtsbedürfnis der Vergangenheit, sei aber gerade darum kein taugliches Kriterium für die Gegenwart. Wolle die Gegenwart ihre Staats- und Rechtsordnung nach ihren eignen Erfordernissen gestalten, so müsse sie den Maßstab der „legality“ durch den der „utility“ ersetzen. „The King, fifty years ago, promised my Great-Grandfather to govern him according to Law: my Great-Grandfather, fifty years ago, promised the King to obey him according to Law . . . Be it so – what are these promises, all or any of them, to me? To make answer to this question, some other principle, it is manifest, must be resorted to . . . What other can it be than the principle of Utility? The principle which furnishes us with that reason, which alone depends not upon any higher reason, but which is itself the sole and all-sufficient reason for every point of practice whatsoever.“¹⁾

Für Bentham also ist das Law, um das seine Vorväter mit Gut und Leben gestritten hatten, bedeutungslos geworden; es ist leere Form, die Gehalt und Sinn verloren hat. – Es geht hier nicht um eine eingehende Würdigung des neuen Kriteriums der „Utility“. Wesentlich ist, daß es einen neuen Versuch darstellt, das Law als Weisheit der Ahnen, als Vernunft der Vergangenheit durch eine revolutionäre Vernunft zu korrigieren. Deren Funktion soll sein, die Menschheit aufzufordern, „to break loose from the trammels of authority and ancestor wisdom on the field of law“.²⁾

Die Vergangenheit, das „Goldne Zeitalter“ der Lawyers, ist entwertet. („... the desolate and abject state of the human intellect during the periods in which so great a part of the still subsisting mass of institutions had their birth.“ Fragm. 105.)

Und wiederum erhebt jene Vernunft, wenngleich als geschichtliche Kraft aus Raum und Zeit heraus geboren, den Anspruch der allgemeinen, überstaatlichen Gültigkeit. „Governed in this manner by a principle (utility) that is recognized by all men, the same

¹⁾ Fragment 163 ²⁾ Works I, 260, zit. Holdsw. XII, 734

arrangement that would serve for the jurisprudence of any one country, would serve with little variation for that of any other.“¹⁾

Benthams spekulative und abstrahierende Vernunft stammt aus Erfahrung, aus bitterer Erfahrung. Sie ist mit ihrem Anliegen zu ihrer Zeit wohl konkreter, wirklichkeitsnäher, zeitlicher gewesen als die auf Zeitlichkeit und Wirklichkeit pochende Rechtsvernunft der Lawyers. Wenn Bentham von Blackstone mit beißendem Spott behauptet: „It is by looking at men's titles that he perceives, not merely that they *ought* to possess certain merits, but that they *do* actually possess them...“, so vertritt er den lebendigen Geist gegen das tote Wort, gegen die leere Form. Aber es ist doch nicht so gewesen, daß sich sein Werk zu dem Blackstones wie Sein zum Schein verhalten hat. Einmal besteht ja zeitlich zwischen beiden keine volle Entsprechung, sie sind vielmehr durch eine Generation voneinander getrennt. Blackstone stirbt 1780, bevor noch England im Frieden von Versailles die erste große Niederlage der „Legality“ eingestanden hat. Bentham dagegen erlebt die napoleonischen Kriege, verfolgt das Entstehen des agrarischen und industriellen Proletariats und wird noch auf dem Sterbelager Zeuge der dramatischen Maiwochen von 1832 mit ihrem Kampf für und wider die Parlamentsreform. Er und nicht Blackstone erlebt die Ablösung des Age of Settlement durch eine neue Epoche.

Zum anderen kontrastieren die Blickrichtungen beider Denker. Blackstone schaut rückwärts, genau wie alle, die vor ihm eine Darstellung des englischen Rechts gewollt und eine Geschichte des englischen Rechts geschrieben haben. Bentham dagegen schaut vorwärts, er sieht, daß die Gesellschaft der alten sozialen Ordnung entwachsen ist, und er fordert für die neuen sozialen Probleme ein neues Gewissen und neue Lösungen.

Befragen wir, um das Bild zu runden, über Wert und Unwert der englischen Verfassung noch einen dritten Vertreter des 18. Jahrhunderts, der zwar mit dem Maßstab Benthams mißt, aber im Ergebnis zu Blackstone kommt: William Paley (1749–1805), Geist-

¹⁾ Fragment, Preface 119

lichen und Philosophen „of calm and judicial temperament“¹⁾. Seine 1785 erschienenen „Principles of Moral and Political Philosophy“ erreichten in zwanzig Jahren fünfzehn Auflagen. Folgendermaßen beurteilt er darin das englische Parlament: „Let us, before we seek to obtain anything more, consider duly, what we already have. We have a House of Commons, composed of 548 members, in which number are found the most considerable land-holders and merchants of the kingdom, the heads of the army, the navy, and the law, the occupiers of great offices in the state, together with many private individuals, eminent by their knowledge, eloquence or activity . . . Does any new scheme of representation promise to collect together more wisdom, or to produce firmer integrity? . . . attending not to ideas of order and proportion (of which many minds are much enamoured), but to effects alone, we may discover just excuses for those parts of the present representation, which appear to a hasty observer most exceptional and absurd.“

Paley also, dem Formalismus Blackstones fern und ganz wie Bentham auf die Erfassung der Wirklichkeit eingestellt, kommt doch zu dem Ergebnis, daß die bestehende Ordnung im „Effekt“ weit mehr Positives als Negatives erreicht. Die Divergenz von Form und Gehalt, die Gefahr der „Titel ohne Köpfe“ hält er gerade durch die parlamentarische Verfassung für behoben, weil im Parlament ja die Köpfe, d. h. die regierungsfähigen Leute Gelegenheit hätten, auch ohne Titel zum Zug zu kommen. Und Paleys Ansicht war wohl eine begründete. Nicht mit seinen Königen, sondern mit seinen durch politische Tradition und Erfahrung geschulten Parlamentariern hat das englische 18. Jahrhundert Geschichte gemacht. Gewiß bedeutete die parlamentarische Verfassung mit der Ausbildung einer politischen Elite noch lange nicht Herrschaft der Elite schlechthin. Es war Klassenregiment, reich an Parteihader und Korruption, in Amtswaltung und Amtsethos von selbstzufriedenem „Blackstonianism“ durchdrungen, vom Recht zur Herrschaft und der Rechtlichkeit der Herrschaft allzusehr überzeugt.

1) Dicey 70 f

Doch darf wohl die Vernachlässigung der inneren Verwaltung nicht nur als Folge des Blackstonianism, sondern auch als Vorbedingung für die großen Leistungen des englischen 18. Jahrhunderts gesehen werden: die Festigung der Kolonialherrschaft in Indien, die Eroberung Kanadas und damit verknüpft die erfolgreiche Durchführung des Kampfes gegen Frankreich, der das ganze Jahrhundert beanspruchte und wohl nur mit Hilfe des innenpolitischen „*Quieta non movere*“ gemeistert werden konnte. Die Aufgaben des 18. Jahrhunderts lagen für England primär „abroad“, in der Außen- und Kolonialpolitik, zu deren Gunsten die innere Verwaltung zurücktreten mußte. Im Hinblick auf diese Notwendigkeit hat auch der Legalismus Blackstones seine „*Utility*“ besessen, – die Bentham allerdings schwerlich hätte gelten lassen.

Zweites Kapitel:

Burkes Leben. Seine Stellungnahme zu Recht und Gesetz im Lauf seiner geistigen Entwicklung.

Zwischen den Antipoden Blackstone und Bentham nimmt Edmund Burke, zunächst zeitlich, die Mitte ein. Er ist 1729, sechs Jahre nach Blackstone, neunzehn Jahre vor Bentham, geboren und 1797, wiederum vor Bentham und nach Blackstone, gestorben. Die Möglichkeit, ihn neben der zeitlichen auch in geistige Beziehung zu beiden Denkern zu bringen oder ihn an die Rechtsphilosophie des vergangenen Jahrhunderts anzuschließen, scheint in Verfolgung seiner Biographien durchaus gegeben. Denn Herkunft, Erziehung und Berufsausbildung waren geeignet, den jungen Burke zum politischen Menschen heranzubilden. Der Vater, angesehener Rechtsanwalt in Dublin, soll früh den Sohn zum gleichen Beruf bestimmt haben. Er gestattet ihm zunächst schöngeistige Studien am Trinity-College in Dublin, schickt ihn aber 1750 zur juristischen Fachausbildung nach London, in die Inns of Court.

Das Law, dem Burke hier begegnet, scheint zunächst keine Macht über ihn zu gewinnen. Nach fünf Studienjahren verläßt er die be-

rühmten Gilden, ohne den Rang des „Barrister“, des höheren Anwalts, erlangt zu haben. Selbst als der enttäuschte Vater die Zahlung des Monatswechsels einstellt, kehrt der junge Burke nicht zur Jurisprudenz zurück, sondern wendet sich Studien der Literatur und der Ästhetik zu und läßt 1756 sein erstes Werk erscheinen: „A Philosophical Inquiry into the Origin of our Ideas on the Sublime and Beautiful.“

Daß Burke sich während des Studiums in den Inns of Court dennoch intensiv mit Staat und Recht beschäftigt hat und sich bereits feste, sein ganzes Leben dauernde Vorstellungen davon erworben hat, dafür haben wir zwei Zeugnisse, die zeitlich nahe zusammen gehören und die miteinander zu betrachten und auszuwerten sind. Da ist einmal das fragmentarische Essay einer englischen Rechtsgeschichte, das Burke 1758 im Anschluß an einen Abriß der englischen Geschichte vom römischen Britannien bis zur Magna Charta verfaßt hat. Es bringt eine Kritik der bestehenden englischen Rechtslehre vom Standpunkt des Historikers und mag für Burke eine Art Rechtfertigung seines Abgangs von den Inns of Court gewesen sein.

Das englische Recht ist nämlich, wie das Essay darlegt, verdorben, und zwar durch zwei Kardinal-Laster der „Lawyers“, durch nationale Eitelkeit und durch beruflichen Dünkel. Das erste Laster hat die Vorstellung erzeugt, das englische Recht sei ausschließlich ein geistiges Produkt der Engländer und sei von keinerlei fremden Einflüssen mitgeprägt. Das zweite, noch schlimmere Laster hat die Überzeugung geschaffen, das englische Recht sei sozusagen ein ewiges Recht, es sei von ältesten Zeiten bis zur Gegenwart das gleiche gewesen und geblieben. Durch solche Irrlehren ist das Recht in Enge und Starrheit getrieben worden, die Erkenntnis seines wahren Wesens ist unmöglich gemacht, und die Rechtswissenschaft, welche die führende Wissenschaft jedes Staates sein sollte, ist zu geistloser Barbarei verurteilt.

Mit wenigen Sätzen nüchterner Kritik hat Burke hier das jahrhundertalte Mühen der Gilde, das Mühen um altes und eignes, um

traditionelles und nationales Recht entwertet. Nichts bedeutet ihm mehr die sorgsam überlieferte, ungeschichtlich-ideale „Rechtsvernunft“ eines Coke, nichts das Symbol des Argonauten-Schiffes, nichts die Idee des nationalen Rechts. Klug, aber kühl und unbeteiligt entlarvt er die Fiktionen des alten Lawyer-Denkens, stellt fest, daß sich hinter ihnen Rechtspolitik, „spirit of party“ verbirgt. Gegen den Absolutismus, gegen die „Advokaten der Prärogative“ ist nach seiner Meinung diese Politik entstanden; die Behauptung der Eigenständigkeit und Altehrwürdigkeit hat das Recht vor Reform und Bevormundung schützen sollen. Zur Behauptung aber fehlt der Beweis, und der kann nach Lage der Dinge nicht geliefert werden: „The truth is, the present system of our laws, like our language and our learning, is a very mixed and heterogeneous mass; in some respects our own, in more borrowed from the policy of foreign nations, and compounded, altered, and variously modified, according to the various necessities, which the manners, the religion, and the commerce of the people have at different times imposed.“¹⁾

Eine neue Sprache wird hier gesprochen. „Mixed, heterogeneous, compounded, altered, modified . . .“, diese Terminologie entstammt nicht den Rechtsbüchern eines Coke oder Hale. Den Begriff „Alteration“ hatte Hale in allen Dingen der Rechtsreform nachdrücklichst abgelehnt; es waren nur „Amendments“ erlaubt, welche die grundsätzliche Wahrung des Bestandes zur Voraussetzung hatten. Aber der junge Burke legt auf Übereinstimmung mit Matthew Hale gar keinen Wert. „His History of the Common Law is, I think, the only one, good or bad, which we have“, schreibt er von Hales Rechtsgeschichte, und daß er selbst sie ungenügend findet, daraus macht er keinen Hehl. „The great changes and remarkable revolutions in the law, together with their causes, down to his time, are scarcely mentioned“; das ist nach seiner Meinung der Hauptmangel des Werks. Diese Kritik von Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte zeigt, daß die alte statische Rechtsidee der „Lawyers“

¹⁾ Engl. Hist., II, 593

nicht mehr akzeptiert wird. Hatte noch Hale das zeitüberwindende Gesetz für das beste gehalten, so stellt Burke nun das Recht mitten hinein in die Geschichte, macht es zum lebendigen, wandelbaren Ausdruck von Volkssitte, Handel, Kultur, Religion, macht es selbst zu einem Stück Geschichte. Klar hat Burke die Problematik der statischen Rechtsanschauung im Werk Matthew Hales erkannt. Wieso konnte eine Geschichte des Rechts geschrieben werden, fragt er, wenn doch das Recht zu allen Zeiten dasselbe gewesen sein soll? Geschichte ist nur möglich, wo nicht Statik, sondern Dynamik besteht.

Dennoch bedeutet diese Loslösung Burkes vom traditionellen Lawyer-Denken keine Absage an das positive Recht, wie sie der revoltierende Bentham vollzogen hatte. Burke ist in seinem Essay dem Law wie der ganzen britischen Vergangenheit kritisch forschend, aber doch bejahend und verstehend zugewandt. Er will das alte Recht besser, richtiger sehen, aber nicht übersehen.

Diese Haltung zeigt sich eindeutiger noch in der 1756 erschienenen Schrift „A Vindication of Natural Society“, die zum richtigen Verständnis des Essays zur Rechtsgeschichte beizutragen geeignet ist. Die Schrift stellt eine Verspottung der naturrechtlich-rationalistischen Staatslehre dar, wie sie Lord Bolingbroke um die Mitte des 18. Jahrhunderts in England vertreten hatte. Burkes Absicht ist, zu zeigen, daß die rationale Zergliederung der positiven Staats- und Rechtsordnung verwerflich ist, weil sie zur Auflösung des Staates und damit zum Chaos führt.

Burke hat also als Rechtsstudent bereits zwei feste Positionen gegenüber Staat und Recht bezogen, die des forschenden Historikers und die des gemeinschaftsbejahenden Staatsbürgers.

Bei den nächsten Auseinandersetzungen mit dem Recht sitzt Burke nicht mehr in der Studierstube, sondern im Kampffeld seines Lebens, im englischen Parlament. Zwischen der „Vindication of Natural Society“ und der ersten politischen Rede aber liegen fast zehn Jahre, in denen Burke sich Welterfahrung und ein eminentes Wissen erwirbt. Seine Geschichtsstudien setzt er fort, er wird Her-

ausgeber eines bedeutenden historisch-politischen Jahrbuches. In die Staatsverwaltung gewinnt er Einblick als Privatsekretär William Hamiltons, des Leiters der irischen Verwaltung in Dublin. 1765 geht er in die Dienste des whiggistischen Parteiführers Lord Rockingham, und Rockingham, der in demselben Jahre Premier wird, eröffnet ihm den Weg ins Unterhaus. Hier hat Burke, mit nur kurzen Unterbrechungen, fast dreißig Jahre lang gewirkt, hat bedeutende und unbedeutende Wahlkreise vertreten, hat sechs Jahre lang den Sitz für Bristol, die zweite Stadt des Reiches, eingenommen. Was die parlamentarische Karriere anbelangt: an hohe Ämter und Würden ist er nicht gekommen, wohl aber an die geistig-politische Macht. Hier im Parlament entsteht, was später den Umfang und das geistige Gewicht von Burkes „Gesammelten Werken“ ausmachen soll: die politische Rede.

Die Partei, die Burke bis 1791 als Wortführer und Publizist vertritt, ist die der Whigs. Whigs waren es auch, die im Kampf gegen den Stuart-Absolutismus die Staats- und Rechtsordnung von 1688 aufgebaut hatten, Whigs sind die Politiker der Rechtstradition, die Lawyer des Verfassungskampfes gewesen. Ihre Aufgabe ist erfüllt. Die Ordnung von 1688 ist stabil, fast schon starr im Hinblick auf die sozialen Umwälzungen des späten 18. Jahrhunderts, die ihrerseits nun Ausdruck in politischer Neugestaltung suchen. Mit der Mission der alten Whigs ist die Partei selbst erschöpft, mit Hader und Korruption durchsetzt. Der Kontakt zwischen Commons und Communities, in den Verfassungskämpfen fruchtbar für beide Teile, ist brüchig geworden. Das Wahlsystem ist veraltet, das Volk hat auf seine Vertreter kaum noch Einfluß.

Zwischen der Krone, dem Kabinett und den Parteien besteht keine Zusammenarbeit. Pitt der Ältere weiß wohl das Land durch den siebenjährigen Krieg zu steuern, aber in den Wirren der zentralen Verwaltung schafft er keine Ordnung. Der Versuch des Königs, ein Kabinett über den korrupten Parteien zu bilden, endet ohne Erfolg, als die Politik Georgs III. in der Frage der amerikanischen Kolonien scheitert. In dieser „Alexandrian Epoch of Parliamentary

Procedure“ findet Burke, als er 1765 einen Sitz im Unterhaus erhält, seine erste große politische Aufgabe. Er wird Reformers, Reformers der erstarrten Rechtsordnung und der korrupten Parteien.

Was zunächst die Reform der alten Ordnung anbelangt, so gibt es zwischen 1765 und 1785 kaum eine Schrift oder Rede Burkes, die nicht Rechtskritik enthält und Rechtsreform erstrebt.

Da sind die „Tracts relative to the Laws against Popery in Ireland“ zu nennen, wahrscheinlich 1765, am Beginn der politischen Laufbahn, zu dem Zweck verfaßt, die Regierung auf die Unhaltbarkeit der unter Wilhelm und Anna erlassenen Katholikengesetze hinzuweisen. Daß Burke, Sohn einer protestantisch-katholischen Mischehe, für Toleranz eintritt, ist verständlich. Doch nimmt er die Gelegenheit zum Anlaß, einen allgemeinen Exkurs über die Begrenztheit und Bedingtheit staatlicher Gesetze anzuschließen. Seine Ausführungen stellen eine Mischung antiker, christlicher und moderner Naturrechtslehren dar, zitieren Cicero, Philo, aber auch John Locke, machen das staatliche Gesetz bald von den ewigen Prinzipien der „equity“ und „utility“, vom überirdischen „Law of God“, und bald von den Bedingungen des vorstaatlichen „Common Consent“ der Untertanen abhängig. Solche Äußerungen sind bei Burke Rhetorik, nicht Philosophie gewesen. Der Terminologie des Naturrechts hat er sich auch in späteren Schriften manches Mal bedient, er hat in der Polemik die Autorität des Law of Nature oder Law of God zur Bestätigung seiner Ansichten herangezogen. Die Lehren des Naturrechts aber hat er für Theorie gehalten, die für die Schulen, aber nicht für die Rechtspraxis taugt, und die Bevormundung oder Korrektur des positiven Rechts durch das Naturrecht hat er grundsätzlich abgelehnt.

Anders die Sprache in den „Thoughts on the Cause of the Present Discontents“ von 1770, einer Schrift, die sich mit dem „Fall Wilkes“¹⁾ beschäftigt.

In der einleitenden Untersuchung über die Ursachen politischer

¹⁾ Ablehnung eines vom Volk verfassungsmäßig gewählten Vertreters durch das Parlament; s. Lennox 83 ff

Unruhen und deren Vermeidung lenkt Burke die Aufmerksamkeit weg von Gesetz und Verfassung, hin zu dem nach seiner Meinung bestimmenden und wirkungskräftigsten Element im Staate: Dem Menschen. „Men, not measures“ machen den Staat. Auf den Charakter der Regierten und die Fähigkeiten der Regierenden kommt es weit mehr an als auf die verfassungsmäßige Ordnung eines Staates. „The laws reach but a very little way.“ „Nations are not primarily ruled by laws, less by violence . . . the operation of both is, in truth, merely instrumental“¹⁾. Hier geht es Burke offenbar darum, die mechanisch-regulative Funktion des Gesetzes zu betonen. Das Law ist in sich nicht schöpferisch; sobald ihm die Kraft des menschlichen Geistes kein Leben mehr gibt, muß es erstarren. Ein ähnlicher Gedanke findet sich im Fragment einer Parlamentsrede von 1772: „... on the petition . . . from certain clergymen praying to be relieved from subscription to the thirty-nine articles . . .“. Burke steht in der Ablehnung dieser Bittschrift auf der Seite der Regierung; er befürwortet die uneingeschränkte Geltung der Uniformitätsakte, da sie religiöse Freiheit in ausreichendem Maße sichere. Endlich also eine Parteinahme für das Gesetz! Aber Burke versäumt nicht, gleichzeitig einer generellen Identifizierung von Gesetz und Freiheit entgegenzutreten. „I know many gentlemen think, that the very essence of liberty consists in being governed according to law; as if grievances had nothing real and intrinsic; but I cannot be of that opinion. Grievances may subsist by law.“²⁾ Evident ist hier die Ähnlichkeit mit Gedanken des jungen Bentham und die Spitze gegen den Gesetzesformalismus Blackstones. Die nächste Auseinandersetzung mit dem „Law“ erfolgt in den großen Schriften zur amerikanischen Revolution. Als Burke 1765 seinen ersten Sitz im Parlament erhält, ist der Konflikt zwischen Mutterland und Kolonien schon ausgebrochen. Grenville hat die Stempelakte erlassen, damit ein direktes Besteuerungsrecht des englischen Parlaments gegenüber den amerikanischen Kolonien

¹⁾ Thoughts, I, 124

²⁾ On the Acts of Uniformity, II, 465

verkündet. Für und wider dies Recht entbrennt der Streit. Burke steht von Anbeginn auf der Seite der Kolonisten. Aber er kritisiert nicht nur den Kurs, sondern auch die Methode der parlamentarischen Politik. Es ist die von Grenville eingeleitete verfassungsrechtliche Behandlung des Problems, die er bekämpft. „Ohne Zweifel war Mr. Grenville eine Persönlichkeit in England“, sagt er; aber „er ist im Law groß geworden, einer Wissenschaft, die wohl zu den ersten und edelsten zählt, die den Verstand mehr schärft und kräftigt als alle anderen Studien zusammen, die jedoch nicht geeignet ist, den Geist in demselben Maße auch zu weiten und zu befreien. Und nach diesen Studien ist Grenville nicht in die Welt, sondern ins Amt gegangen und hat gearbeitet in den festgelegten Methoden und Formen, wie sie eben da bestehen. Sie genügen für das gewöhnliche alltägliche Leben; aber wenn einmal die Landstraßen aufhören und die Wasser überfluten, wenn das Aktenbündel kein Präzedenz mehr liefert, dann ist ein größeres Wissen um die Menschheit, ein umfassenderes Begreifen der Dinge nötig, als die Tätigkeit im Amt es jemals vermittelte oder vermitteln wird. Mr. Grenville hat besser von der Macht und Weisheit menschlicher Gesetzgebung gedacht als diese es in Wahrheit verdient. Er meinte, und viele meinen es mit ihm, daß der blühende Handel Amerikas mehr den Gesetzen und Institutionen als der Freiheit zu verdanken sei; denn nur zu viele sind geneigt, Vorschriften für Handel und Steuern für Einkünfte zu halten.“¹⁾

Diese Kritik, kräftig und leidenschaftlich wie die ganzen Reden zur amerikanischen Revolution, nimmt einmal die Gedanken vorausgegangener Schriften wieder auf. Erneut wird das „Law“ auf eine nur mechanische Funktion beschränkt, die das pulsierende Leben eines Staates regeln aber nicht bestimmen kann. Wiederum werden Gesetz und Freiheit unterschieden; die Freiheit erscheint als Kraft, für die der Rahmen des Law nicht immer weit genug ist. – Was die Einschätzung des „Lawyer“ betrifft, so wird klar, daß Burke dessen Methoden nicht für die Rechtsprechung, sondern für die Recht-

¹⁾ Americ. Taxat., I, 163/64

setzung ablehnt. Er haßt den „Lawyer“ im „Legislator“. Spottend sucht er die Präzedentien zusammen, die für die Begründung der rigorosen Gesetzes-Traktierung Amerikas geeignet sein könnten; er erinnert an die zahlreichen Strafgesetze bei der Eroberung von Irland, Wales und Chester und konstatiert die Reaktion der „Lawyer – Legislators“: „Ja, da reiben wir die Hände! Eine feine Masse von Präzedentien für die Autorität des Parlaments und deren Anwendung! Ich gebe es voll und ganz zu und bitte Euch: Vermehrt nur diese Präzedentien noch um ähnliche, und Ihr werdet es erleben, daß Wales dies Königreich wie ein Incubus verläßt, weil es eine drückende und nutzlose Last für Euch geworden ist, und weil kein Engländer, der dort reiste, sechs Yard vom Weg abbiegen konnte, ohne ermordet zu werden.“

Die Lawyer-Gesetzgebung erfährt jedoch in den Schriften zur amerikanischen Revolution noch eine tiefgründigere Kritik. Sie ist nicht nur mit den Geboten der Zweckmäßigkeit, der politischen Klugheit unvereinbar, sondern auch mit denen der Humanität. Es geht letztlich nicht um das formal-juristische, sondern um das sittliche Recht zur Besteuerung. „It is not what a lawyer tells me I may do, but what humanity, reason and justice tell me I ought to do. The question with me is, not whether you have a right to render your people miserable, but whether it is not your interest to make them happy.“¹⁾ Nach solchem Maßstab mißt Burke die Gesetzespolitik des Parlaments und kommt zu dem Ergebnis: „There is no fair dealing in any part of the transaction.“²⁾ Gesetzlichkeit ist also für ihn keineswegs gleichbedeutend mit Gerechtigkeit und Sittlichkeit – wiederum ein Mißtrauensvotum für das „Law“.

Und noch einmal Rechtskritik und Reformpläne enthält das „Speech on Economical Reform“ von 1780. Burke präsentiert Vorschläge zur Beseitigung der höfisch-parlamentarischen Korruption und zur Vermeidung unnötiger Staatsausgaben. Ämter ohne Aufgaben, Einnahmen ohne Verdienst, die in der systemlosen Verwal-

¹⁾ Conciliat., I, 192

²⁾ Americ. Taxat., I, 161

tung aus der Überschneidung der Tätigkeitsbereiche resultierten, sollten gestrichen werden. Gleichzeitig faßt Burke die Frage der Verwaltungsreform, die ja im England des späten 18. Jahrhunderts eine brennende Frage war, im Grundsätzlichen an. Darf der Staatsmann Institutionen der geschichtlichen Verfassung, beispielsweise alte Ämter der zentralen Verwaltung, aufheben, und wenn er es darf, dann unter welchen Umständen?

Die erste Frage bejaht Burke voll und ganz, er bezeichnet es geradezu als das Kriterium einer guten Regierung, aufgeben zu können, was nicht mehr zu halten sei. Das Gebot des Aufgebens aber sei da, wenn die Vernunft alter Einrichtungen erloschen sei. Aus den Ausführungen geht hervor, daß die Vernunft prinzipiell vor und über der Institution rangiert und daß der Bestand einer Institution nur im Falle ihrer Vernünftigkeit gerechtfertigt werden kann. Das „cessante razione cessat ipsa lex“, von Coke am Rande vermerkt, von Hale ungleich stärker betont, erscheint bei Burke als leitendes Motiv seiner Reformschrift.

Die Dokumente burkescher Rechtskritik aus der Zeit von 1765 bis 1785 zeigen, daß Burke in seiner Politik nicht mehr Lawyer in der verfassungspolitischen Bedeutung des 17. Jahrhunderts, im Sinne des unbedingten Rechtsverteidigers gewesen ist. Er erlebt ja das Recht in seiner ersten parlamentarischen Wirkungszeit nicht als bedrohte, eher als bedrohliche Ordnung. Der Rechtsgeist, dem er entgegentritt, ist der Geist des Blackstonianism, selbstzufrieden, unnachgiebig und anmaßend. Was Coke und Hale im 17. Jahrhundert notwendig vernachlässigen mußten, was Blackstone auf der Höhe des 18. Jahrhunderts übersehen hatte, das greift Burke nun an, die Aufgabe der Rechtskritik und Rechtsreform.

Freilich, soviel haben die herangezogenen Dokumente auch schon gezeigt, ist Burkes Reform eine Reform im Kleinen und Einzelnen gewesen. Es ging um das einzelne Gesetz, um die einzelne rechtliche Institution, nicht, wie bei Bentham, um die Neuordnung des gesamten positiven Rechts. Dem Law als Ganzem begegnet Burke in allen seinen Schriften mit derselben unbedingten Zustimmung

und Verehrung wie die alten Lawyers. In den Schriften zur amerikanischen Revolution und wieder dann im „Speech on Economical Reform“ erscheint das alte verehrungswürdige Common Law als Recht der Väter und der Nation. In der Rede „On American Taxation“ findet sich das am Eingang der Arbeit angeführte große Bekenntnis „What the Law has said, I say, in all things else I am silent. I have no organ but for her words“. Aus dem Textzusammenhang wird deutlich, daß Burke hier mit dem Law nicht ein bestimmtes Gesetz, sondern das „ancient constitutional policy of the kingdom“, d. h. den Geist der englischen Verfassung meint, daß er gegen die angemessenen Rechte und unlauteren Gesetze des Parlaments an das Recht appelliert. Diese grundsätzliche Bejahung und Verehrung des Rechtsganzen scheidet Burke vom radikalen Reformen Bentham und gibt schon zu erkennen, daß der Student der Inns of Court vom Geist des alten Rechts stärker ergriffen war, als seine rechtsgeschichtliche Frühschrift es vermuten ließ.

Noch eindringlicher wird der Appell an das Law in der letzten und bedeutendsten Epoche von Burkes Wirken, in seinem Kampf gegen die Französische Revolution. Die Steigerung mag daher rühren, daß in der Verteidigung des englischen Rechtsdenkens gegen die Ideen der Französischen Revolution Burkes Position der der alten Lawyers wieder sehr ähnlich wird. Denn nun heißt die vordringliche Aufgabe wiederum Schutz des Rechts, nicht Kritik oder Reform des Rechts. Der Gegner steht diesmal nicht im Recht, sondern außerhalb des Rechts, da, wo er auch für die Lawyers des 17. Jahrhunderts gestanden hatte. Wieder wird der Geist des englischen Rechts, die Devise „Old, good and common“ durch eine Lehre bedroht, die den Anspruch überstaatlicher, menschheitlicher Gültigkeit und Verbindlichkeit erhebt. Wieder wird eine totale Neuordnung des Staates kraft der revolutionären „Ratio“ versucht. Die Ideen von 1789 stellen die letzte und großartigste Steigerung jenes rationalen, abstrahierenden, traditionsfeindlichen Denkens dar, dem seit dem Beginn des 17. Jahrhunderts der beständige Abwehrkampf englischer Rechtsdenker gegolten hat. Noch einmal ver-

bindet sich der Appell an die gültigen Prinzipien der Vernunft, an die ewigen Gesetze der Natur mit der Verachtung und Verabschiedung der Vergangenheit, der Geschichte. „Richten wir uns nicht nach vergangenen Jahrhunderten, sondern nach den ewigen Prinzipien.“¹⁾ – „Vor allem wollen wir nicht den Mut verlieren, in der Geschichte nichts zu sehen, was für uns passen könnte.“ „Den Menschen sind ihre Rechte unverwischbar von einer allmächtigen Hand mit unzerstörbaren Buchstaben ins Herz geschrieben.“²⁾ – „Allein die wesentlichen Rechte der Menschen, ihre natürlichen Beziehungen in der Gesellschaft sind die ewigen Grundlagen jeder Regierungsform. Das ist an allen Orten und zu allen Zeiten die unwandelbare Richtschnur.“³⁾

Der Versuch, nach jener „unwandelbaren Richtschnur“ nicht nur auf dem Papier, sondern in der Wirklichkeit einen Staat zu bauen, hat „Triumph und Katastrophe der Aufklärung“⁴⁾ bedeutet. Triumph, weil nirgends und niemals aus Vernunft-Theorien und -Systemen so unmittelbar Wirklichkeit geworden ist wie 1789 – Katastrophe, weil mit dem Scheitern der vernünftigen Staatsordnung der Lebensnerv der Aufklärung getroffen wurde und die Erkenntnis durchbrach, daß aus rationalen Kräften allein kein Staat entstehen und bestehen könne, eine Erkenntnis, die den Weg zum geschichtlichen Denken des 19. Jahrhunderts freigemacht hat.

Als Burke 1789 gegen die Revolution zu schreiben beginnt, schreibt er in Vorahnung der Katastrophe, aber im Angesicht des Triumphes. Man begrüßt die Revolution überall in Europa, auch in England. Die Ideen von Freiheit und Gleichheit ergreifen hier, genau wie in Frankreich, primär die Unzufriedenen, die Gegner der bestehenden Ordnung. Im Parlament begrüßt Burkes Whig-Partei als Partei des religiösen Dissent die in Frankreich geplante Gleichberechtigung der Konfessionen. Im Lande reagiert die Arbeiterschaft auf die französischen Lehren von Gleichheit und Brüderlich-

1) Cerutti, *memoire pour le peuple français*, 1788, zit. Göhring 245

2) Sieyès, 1789, zit. Göhring 250 3) Volney, 1788, zit. Göhring 229

4) Croce, *Historiographie* 220

keit mit einem ersten Geltendmachen demokratischer Ansprüche. In der „Revolution Society“, einer der politischen Gesellschaften Londons, bringt man die eigne nationale Geschichte in geistige Verbindung zu den französischen Revolutionsideen, man preist die „Glorious Revolution“ von 1688 als Vorstufe der „French Revolution“, als Bekenntnis des Volkes zu religiöser und politischer Freiheit. An diesem Akt entzündet sich Burkes erste und bedeutendste antirevolutionäre Schrift, die „Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in certain Societies in London relative to that Event“.

Gillray hat in einer seiner Karikaturen das Anliegen der Schrift folgendermaßen verbildlicht: Richard Price, der Wortführer der „Revolution Society“, wird durch ein Nachtgespenst erschreckt, das die Züge Burkes trägt und Krone und Kreuz in mahnend erhobenen Händen hält. Gillray hätte nicht schlecht daran getan, Burke als drittes Symbol die Magna Charta in die Hand zu geben, denn die Verteidigung der „Reflections“ wie der späteren antirevolutionären Schriften gilt neben Thron und Altar „as established“ auch dem alten Recht. In der Abwehr der Revolutionsideen weist sich Burke stärker denn je zuvor als Wahrer des traditionellen Rechtsdenkens eines Hooker, Coke und Hale aus. Die Verehrung des Rechts, die in früheren Schriften oft durch die Kritik am Gesetz zurückgedrängt war, steht nun im Vordergrund. Den Franzosen wird die Bewahrung des alten englischen Common Law als nachahmenswertes Beispiel vorgehalten, und in der Verherrlichung des Law feiert die Terminologie der Lawyers Auferstehung. Die Jurisprudenz ist wieder „collected reason of ages“, die Rechtsreform ist wieder beschränkt auf „amendment, without altering the ground“, das Law ist wieder „inheritance“ der Väter, und den alten Vertretern des Lawyer-Denkens, den Hooker, Coke und Hale wird ehrender Nachruf zuteil. Coke wird „the oracle of the English Law“ genannt¹⁾, Hale „this great lawyer . . . of sincere and fervent piety, exact justice and profound jurisprudence“.²⁾ Und als von der revo-

¹⁾ Sheriffs of Bristol, I, 207 ²⁾ Letter to a Member, 6, 16

lutionsfreundlichen Gruppe der „neuen Whigs“ die Lawyer-Politik von 1688 ob ihres unechten, nur vorgeschützten Konservativismus abgelehnt wird, da bekennt sich Burke zu jener Politik als zu seiner eignen Weltanschauung: „Be that matter as it may; what these old whigs pretended to be, Mr. Burke is.“¹⁾

Drittes Kapitel:

Burkes Welt- und Menschenbild als Erbe des Lawyer-Denkens.

Um nachzuprüfen, ob Burke in seinem Welt- und Menschenbild nun wirklich „old whig“ von 1688, das heißt „lawyer“ gewesen ist, muß man freilich mehr als nur seine Stellungnahmen für und wider das Law betrachten. Verteidigung, Kritik oder Reform der alten Ordnung waren nur Mittel zum großen Zweck: der geistigen Reform der alten korrupten Partei, der Erziehung eines neuen politischen Menschen. Hier, in der Prüfung der Ideen und Werte, in der Deutung von Staat und Mensch zeigt Burke, wieweit sein Werk den Titel verdient, den er selbst einer seiner Schriften gegeben hat: „Appeal from the New to the Old Whigs“.

a) Expediency und Policy

Das Stichwort „Law“ ist in Burkes politischen Reden und Schriften nicht selten gefallen – dennoch ist es nicht mehr der zentrale Begriff. Gegen den Legalismus der Regierung, gegen die Vernunftaktionen der revolutionären Franzosen, gegen alle, die nach seiner, des Politikers Meinung, schlechte Politik machen, operiert er mit seinen beiden Vorzugsbegriffen der „Policy“ und „Expediency“. „Expediency“ ist die Norm und „Policy“ die Verfahrensweise staatsmännischen Handelns. Die Übersetzung der Begriffe ins Deutsche scheitert an der Fülle der Bedeutungs-Nuancen, die vom

¹⁾ Appeal, 6, 184

Sittlich-Guten bis zum Utilitarisch-Nützlichen eine ganze Wertskala für die rechte Regierungskunst bilden. Was Burke aber als Substanz jener inhaltreichen Begriffe erachtet, läßt sich aus der Zusammenschau reichlich vorhandener Umschreibungen gut ersehen. „Policy too is a sacred thing“¹⁾, heißt es da. „Political problems do not primarily concern truth or falsehood. They relate to good or evil. What in the result is likely to produce evil, is politically false: that which is productive of good, politically true“²⁾. „It is with the greatest difficulty that I am able to separate policy from justice. Justice is itself the great standing policy of civil society; and any eminent departure from it, under any circumstances, lies under the suspicion of being no policy at all.“³⁾ Diese Formulierungen sagen alle dasselbe aus: Burkes „Summa Ratio“ heißt nicht mehr „Law“, nicht mehr „Recht“, sondern „das Rechte“, „das Gute“; der Maßstab seiner Politik ist nicht das juristische Gesetz, sondern das sittliche Gebot.

Aber schon in der Konkretisierung dieses Gebots tut Burke einen entschiedenen Schritt zurück ins Lawyer-Denken. Nach der Quelle der „Expediency“ befragt, erklärt er nämlich: „If we are to judge of a common-wealth actually existing, the first thing I enquire is, what has been found expedient or inexpedient.“⁴⁾ Die erste Vorbedingung staatsmännischen Könnens heißt demnach „Experience“, Erfahrung. Dies Gebot ist bei Burke nicht nur Produkt eigner politisch-praktischer Erfahrung, sondern zugleich Ausdruck einer spezifischen Lawyer-Haltung, der „mächtigen Voreingenommenheit für das Alte“, wie er sie selbst einmal treffend bezeichnet hat.⁵⁾ Würden wir in seiner Anweisung „Law“ statt „Expediency“ lesen, wir hätten das Prinzip des Case Law und das erste Gebot Matthew Hales vor uns: „Frage zur Bestimmung dessen, was Recht sein soll, zuerst nach dem, was Recht gewesen ist!“

„Consult and follow your experience!“ Diesen Rat hat Burke in Schriften und Reden immer wieder erteilt. Darüber vergißt er aller-

¹⁾ Remarks, I, 601 ²⁾ Appeal, I, 523 ³⁾ Refl. I, 493

⁴⁾ Reform of the Represent. II, 488 ⁵⁾ Refl. I, 393

dings nicht, daß auch die „Forderung des Tages“, die konkrete Situation der Gegenwart für die Bestimmung der „Expediency“ wichtig ist. „The situation of man is the preceptor of his duty.“¹⁾ „Things are right or wrong, morally speaking, only by their relation and connection with other things.“²⁾ Damit hat Burke eine Konkretisierung des sittlichen Gebots erstrebt. Wie die Absage der Lawyers an abstrakte Rechtssätze ging, so geht die seine an die „theoretische“ Moral. Es empört ihn, daß die französischen Revolutionäre von Menschheitsbeglückung reden und in praxi ein Menschenleben für nichts achten³⁾. Er will nicht wissen, welche Rechte dem Menschen zukommen, sondern wie man sie ihm verschafft und verwaltet⁴⁾. Er will die Moral vertreiben aus ihrem Scheinregiment in Philosophien und Systemen, in Menschenrechtskatalogen und Gesetzessammlungen, will sie dort verankern, wo sie nach seiner Erkenntnis allein wirklich und mächtig sein kann, in Tat und Entscheidung, im Leben. Darum die immer wiederholte Beteuerung, daß es eine schriftlich fixierbare „Expediency“ nicht gebe und nicht geben könne. „No lines can be laid down for civil or political wisdom. They are a matter incapable of exact definition.“⁵⁾ „Theoretische“ Moral hält Burke für lächerlich, aber auch für gefährlich. Das Wort stiftet nach seiner Meinung mehr Verwirrung als die Tat. Hier spricht die Klugheit des Staatsmannes, der die Politik der Tudors immer wieder darob preist, daß sie aus Taten keine Theorien gemacht habe. „Metaphysics cannot live without definition, but prudence is cautious, how she defines.“⁶⁾ Hier ist ein Charakteristikum der englischen Staats- und Rechtsentwicklung, der unmerkliche „Fortschritt“ nach den Spielregeln des „convention“, erkannt und anerkannt.

Doch aus den letztlich undefinierbaren Regeln der Expediency soll kein moralischer Agnostizismus abgeleitet werden. Ausdrücklich hat Burke sich gegen solche Folgerungen verwahrt. „Though no

¹⁾ East India Bill, I, 283 ²⁾ - respect. Relig. Opinions, II, 478

³⁾ Letter to a Member, 6, 54 ⁴⁾ Refl., 5, 124 ⁵⁾ Discontents, I, 136

⁶⁾ Appeal, 6, 98

man can draw a stroke between the confines of day and night, yet light and darkness are upon the whole tolerably distinguishable“¹⁾. Sowenig man generell entscheiden kann, was gut und böse ist, im Konkreten und Besonderen ist das Erlaubte und Verbotene nach Burkes Ansicht immer zu erkennen.²⁾

Dennoch ist mit dem Hinweis auf die Bedeutung der konkreten Situation keine Relativierung der sittlichen Werte gemeint. Hauptquelle der Expediency ist und bleibt doch die Vergangenheit. Die Erkenntnis des Guten kommt letztlich aus der Erfahrung dessen, was gut gewesen ist. Das Gebot „Consult and follow your experience“ bleibt trotz der verlangten Rücksichtnahme auf die konkrete Situation beherrschend. Das Gute ist im Kern das „alte Gute“, was längst gefunden und praktiziert worden ist und von der Gegenwart nur nachahmend realisiert zu werden braucht. „Die Einsicht in die Wandelbarkeit der menschlichen Dinge erhebt sich bei Burke auf dem Grunde einer unerschütterlichen moralisch-religiösen Ordnung“³⁾. Oder, um es mit Burke zu sagen: „We think that no discoveries are to be made in morality“⁴⁾. Genau wie die „Fundamental Principles“ für die Lawyers es waren, so ist auch die Fiktion der unwandelbaren moralischen Ordnung für Burke erste Kraftquelle des Widerstandes gegen revolutionäres traditionsfeindliches Denken gewesen.

Burkes „expedient“ war kein Ideal, das in den Wolken hing. Er selbst hat für die Schwärmer und Weltverbesserer, die Anwälte der Vollkommenheit, immer nur ein Lächeln gehabt. „If we cry like children for the moon, like children we must cry on“⁵⁾. Genau wie die Lawyers hat er aufs Beste verzichtet um des Bestmöglichen willen. Gewiß, er hat vom Politiker gefordert, daß er „Philosoph in Aktion“ sein solle⁶⁾, daß seine Entscheidungen Einheit von Erkenntnis und Tat sein sollten. Aber er wußte zugleich, daß die Lösung eines politischen Problems niemals die Umsetzung der Idee in die Wirklichkeit, sondern nur das Kompromiß zwischen Idee und

¹⁾ Discontents, I, 136

²⁾ Refl., 5, 57

³⁾ H. Barth, 145

⁴⁾ Refl., I, 413

⁵⁾ Econ. Reform, I, 253

⁶⁾ Present Discontents, I, 151

Wirklichkeit sein könne. „All government, indeed every human benefit and enjoyment is founded on compromise and barter“¹⁾. Die Aktionsarten kluger Staatslenkung waren denkbar nüchtern: „to compensate, reconcile and balance“²⁾. Und schließlich bedeutete die Verlegung des expedient in die Vergangenheit, die Anerkennung der Tradition und alten Autorität auch nichts anderes als das gelassene Geständnis, daß die beste Idee die Erfahrung sei und Rückbesinnung die beste Philosophie.

Für die Ohren der Helden und Heiligen, der Eiferer und Besserer mögen das einst laue Töne gewesen sein. Die Lawyers haben schon in den Verfassungskämpfen als witzlose „Ostrucionists“ gegolten. Und an Burkes expediency-Begriff hat noch das 20. Jahrhundert Kritik geübt. John MacCunn bedauert, daß Burke den revolutionär-traditionsfeindlichen Ideen von Rousseau oder Bentham kein „counter-ideal“ zu geben vermocht habe und daß die „expediency“ nur Vergangenheitswerte aber keine Zukunftsziele enthalte³⁾. Auch C. E. Vaughan beanstandet den unphilosophisch-unschöpferischen Charakter des expediency-Begriffes: „Expediency can never form the foundation of a system. It is useful as a servant, It makes the worst of all masters“⁴⁾.

Nun, es kann freilich nicht bestritten werden, daß im konkurrierenden Denken der traditionsfeindlichen „Rationalen“ das entdeckende, schöpferische, vorwärtstreibende Moment stärker und vor allem evidenter war. Die Schriften der Lawyers stellten Verteidigung, Erwiderung, Reaktion dar. „Replication“ hat der Serjeant geschrieben, „Reflections“ Hale, „Reflections“ und „Remarks“ Burke.

Und die Aufgabe des Verteidigers, Festhaltens und Bewahrens hat nicht nur den objektiven Bereich des Denkens begrenzt sondern jenes Denken auch als subjektive Kraft gezügelt, in die Gestalt bedächtig-wägender Vorsicht gebannt. „Caution is for those that have something to lose“⁵⁾, dies Burke-Wort trifft in erster Linie ihn

¹⁾ Conciliation, I, 111 ²⁾ Refl., I, 445 ³⁾ Polit. Philos. of Burke, 269 u. 271

⁴⁾ Studies in the Hist. of Polit. Philos., 20ff ⁵⁾ Letter to a Member, I, 485

selbst und seine Vorgänger gleichen Geistes. Im Expediency-Begriff war zweifellos die Traditions- d. h. Autoritätsgebundenheit größer als die Möglichkeit eigener, schöpferischer Initiative. Wenn Rousseau im *Emile* (Préface) ironisch bemerkte, die englische Devise „Propose what is practicable“ bedeute wohl nichts weiter als „Propose what is already in practice“, so hatte er damit, *cum grano salis*, recht. Praktisch war, was Praxis hatte, Recht war, was Recht gewesen war.

Aber Burke selbst hat jene Gebundenheit samt allen damit verknüpften Einschränkungen bewußt bejaht. Er suchte keine philosophisch-abstrakte „Wahrheit“ sondern bürgerliche, praktische Ordnung und Sicherheit. Die schon angeführte Devise „What the Law has said, I say“ hat den Nachsatz „This, if it be not ingenious, I am sure, is safe“. Bis zu seiner letzten Schrift ist er der Entscheidung treu geblieben, die er 1772 schon, in der ersten Phase des politischen Wirkens zwischen der Wahrheit einerseits und der Gewißheit, der Sicherheit und dem Frieden andererseits getroffen hat: „I will not enter into the question, how much truth is preferable to peace. Perhaps truth may be far better. But as we have scarcely ever the same certainty in the one, that we have in the other, I would, unless the truth were evident indeed, hold fast to peace, which has in her company charity, the highest of the virtues“¹⁾.

Von der „expediency“ Zukunftspläne und Fortschrittsideen zu fordern, hieße wohl, ins Lager der Aufklärung überzugehen. Burke, dem der Gang der Dinge durch die Vergangenheit vorgezeichnet war, brauchte sich über die Zukunft keine Gedanken zu machen. Sein Rückblick war zugleich Vorschau. Der französischen Nationalversammlung hat er das Tempo der Beschlußfassungen mindern wollen, hat zur Besinnung und Rückschau gedrängt. „You can never plan the future by the past“²⁾, wirft er den Franzosen vor. Für ihn war die Möglichkeit des „planning the future by the past“ durch den kontinuierlichen Gang der englischen Geschichte gewährleistet.

¹⁾ On the Act of Uniformity, 1772, II, 468 ²⁾ Letter to a Member, 6, 68

Auch an einer methodischen Auseinandersetzung zwischen „expediency“ und „reason“, an der Entwicklung eines im philosophischen Sinne konkurrenzfähigen „counter-ideals“ war Burke wenig gelegen. Er ist in der Verteidigung der „expediency“ mehr Glaubender und Fühlender, Wissender und Weiser als Denker gewesen. Seine Vergangenheitsweisheit ist sowenig wie die Rechtsvernunft der alten Lawyers als Summe der „collected reasons“ mathematisch exakt errechnet. Sie ist wiederum eine irrationale Größe. „The individual is foolish. The multitude, for the moment, is foolish, when they act without deliberation; but the species is wise, and when time is given to it, as a species, it almost acts right.“¹⁾ Hier nachzurechnen, wie aus der Torheit der Individuen die Weisheit der Gattung wird, wäre sinnlos. Letztlich gab es für Burke keine Notwendigkeit, den Sinn der Vergangenheit zu beweisen. Er hat ihn geglaubt. Gott steht auf der Seite des „alten Guten“, das ist mehr als der Beistand der reinen Vernunft. Über diese religiöse Fundierung der expediency soll am Ende der Arbeit noch gesprochen werden.

b) Staat und Gesellschaft

Durch Burkes Erweiterung des „lawful“ zum „expedient“ ist die Erfassung der Vergangenheit kräftiger und breiter gelungen als bei den Lawyers. Wohl hat das Recht, das Common Law zu jenen geistigen Bereichen gehört, in denen Burke vorzugsweise die Existenz des „alten Guten“ darzutun pflegte. Aber es ist nicht mehr die Institution allein, die Verfassung, das Recht, in welchen die Vernunft der Vergangenheit beschlossen liegt, sondern alle geistigen Lebensformen des Volkes, Handel und Wirtschaft, Brauchtum und Sitte, Wissenschaft und Kunst und Religion bilden zusammen die Weisheit und Harmonie der Vergangenheit.

Der große, alles umschließende und hegende Mutterboden aber ist

¹⁾ Represent. of the Commons in Parl., II, 487

der Staat; nicht der Zweckverband Lockes, nicht der imaginäre, wirklichkeitsferne der Franzosen, sondern der Staat als geschichtliche, nationale Gemeinschaft. Burke braucht auch hier nur ins Lawyer-Denken zu greifen, um für sein Staatsbild die bestimmenden Umrisse zu gewinnen. Hooker ist es wiederum, dessen bedingungslos-freudige, von keinen Vertragstheorien eingeschränkte Staatsbejahung er wiederholt. Hooker hatte ja schon den Staat als natürlichen und geistig-sinnvollen Lebensraum des Menschen entdeckt, und Burke füllt das vorgezeichnete Bild mit lebhaften Farben. Wie eng die geistige Verwandschaft beider Denker ist, möge eine Nebeneinanderstellung ihrer beider Gedanken zum gleichen Thema bezeugen. Hooker: „Wie die Seele der würdigere Teil des Menschen ist, so sollen menschliche Gemeinschaften zuerst für das sorgen, was die Seele angeht, und dann für die zeitlichen Güter, deren das Leben bedarf¹⁾. – Burke: „Ein Staat ist nicht bloß eine Gemeinschaft in Dingen, deren die grobe tierische Existenz des vergänglichen Teils unseres Wesens bedarf, er ist eine Gemeinschaft in allem was wissenschaftlich, in allem was schön, in allem was schätzbar und gut und göttlich im Menschen ist.“²⁾ – Und ganz dieser Anschauung entsprechend wird auch die Gottgewolltheit des Staates nur durch dessen positive, menschheitfördernde Bestimmung erklärt – die „Zuchtrute“ der Bösen bleibt ganz im Hintergrund. „Without civil society man could not by any possibility arrive at the perfection of which his nature is capable.“³⁾ – „He who gave our nature to be perfected by our virtue, willed also the necessary means of its perfection. He willed therefore the state“⁴⁾. Genauso hat Hooker, zweihundert Jahre vor Burke, den Zweck und Sinn des Staates geglaubt.

Was die naturrechtliche Lehre vom Staatsvertrag anbelangt, so war sie schon für Hooker Gedankenspielerei gewesen, die ihn nicht lockte. Auch Burke ist es gleichgültig, was irgendwann einmal, am Beginn der Staatsgeschichte, verhandelt wurde. Er hält sich an die positive Rechtsordnung, an das „Law of the country“, wie es sich

¹⁾ VIII, 158 ²⁾ Refl., I, 417 ³⁾ Refl., I, 418 ⁴⁾ Refl., I, 419

in „statutes“ und „reports“ dokumentiert. „In whatever manner the ruling dynasties of England or France may have begun,...“, das ist unwesentlich; wesentlich aber ist: „...the king of Great Britain is at this day king by a fixed rule of succession, according to the laws of his country“¹⁾).

Dem Begriff des Vertrages aber gibt Burke einen neuen Inhalt, der von rationalen, juristischen Elementen frei ist. Sein Staatsvertrag ist kein Rechtsakt nach dem Willen der Beteiligten, er ist gottverordnete, geschichtlich gewachsene Schicksalsgemeinschaft, unkündbar, unauflösbar. Der Staat ist die Nation.

Richmond Lennox hat an der burkeschen Formulierung „The idea of a people is the idea of a corporation. It is wholly artificial“ zeigen wollen, daß Burke doch auch noch der ungeschichtlich-systematischen Denkweise des 17. und 18. Jahrhunderts verhaftet gewesen sei.²⁾ Burke aber hat den Begriff „artificial“ meistens in demselben Sinne verwandt wie die alten Lawyers, für die das „artificial law“ das „kunstvolle“, zusammengesetzte, mit Volk und Geschichte verwachsene Recht im Gegensatz zum naturrechtlichen, ungeschichtlichen Recht war. Ein Staat, den Burke „artificial“ nannte, mußte also keineswegs Mechanismus oder Zweckverband, er konnte sehr wohl geschichtlich-nationale Gemeinschaft sein. Die Vorstellung des Staatsapparates vertrüge sich schlecht mit Burkes großer Staatskonzeption, die doch den Staat als Geistes- und Seelengemeinschaft, als geschichtliches Individuum begreift. Und die von Lennox behauptete rationale Staatsauffassung stimmt nicht mit der immer wieder geäußerten Anschauung Burkes zusammen, daß die Staatsordnung zugleich die natürliche Ordnung für den Menschen sei. Den ungeschichtlich-rationalistisch gebauten Staat hat Burke ja niemals für den natürlichen gehalten und nie den Rationalisten für den ganzen, natürlichen Menschen. Wohl aber hat er das „artificial“ in der Bedeutung des Geschichtlich-Individuellen mit dem „natural“ versöhnt in der wunderbaren Formulierung „Art is man's nature“³⁾, oder auch in der Ablehnung der

¹⁾ Refl., 5, 48 ²⁾ Burke u. s. polit. Arb. feld, 118 ³⁾ Appeal, 6, 218

Levellers, die die geschichtlich bedingte soziale Ordnung bedrohten: „They pervert the natural order of things“¹⁾.

„The state of civil society is a state of nature“²⁾, das soll besagen, der menschlichen Natur gemäß sei das gesellige, staatsbürgerliche Dasein. Es soll freilich nicht besagen, der Staat sei ein Stück Natur. Als einen „Vertreter der organischen Staatslehre“, wie ihn Hans Barth³⁾ nennt, kann man Burke nicht bezeichnen. So wahr es ist, daß er den Lauf der englischen Staatsgeschichte ein „following nature“ genannt hat, so wesentlich ist doch auch, daran zu erinnern, daß er die Terminologie einer organischen Staatsanschauung nicht nur gemieden, sondern ausdrücklich abgelehnt hat. „These analogies between bodies natural and politick, though they may sometimes illustrate arguments, furnish no argument of themselves. They are but too often used under the colour of a specious philosophy, to find apologies for the despair of laziness and pusillanimity, and to excuse the want of all manly efforts, when the exigencies of our country call for them more loudly“⁴⁾. Diese Stellungnahme bezeugt, daß Burke den Staat nicht für einen Organismus sondern für eine Organisation hielt, daß er Entwicklung nicht als Wachstum sondern als Gestaltung sah.

Fragen der Verfassungsform, die für die Juristen des 17. Jahrhunderts so wichtig gewesen waren, werden von Burke dem Politiker im ganzen lau behandelt. Mit dem Hinweis auf die ausschlaggebende Bedeutung der „Facta“ schwenkt er bisweilen ganz in Benthams „Utility“ ein. „Kein Land, in dem die Bevölkerung blühend und fortschreitend ist, kann eine durchaus verderbliche Verfassung haben“⁵⁾. Das bedeutet doch, daß unter der Bedingung der praktischen Bewährung jede Verfassungsform bejaht wird. – Aber so tolerant ist Burke im einzelnen doch nicht gewesen. In Entscheidungsfragen kam die „Voreingenommenheit“ für Monarchie und Aristokratie mächtig hervor. Die polemischen „Reflections“ schmä-

¹⁾ Refl., 5, 104 ²⁾ Appeal, 6, 218

³⁾ Edm. Burke, 142 ⁴⁾ Letter to W. Elliot, 1795, II, 244

⁵⁾ Refl., I, 429

hen die Demokratie als „das schamloseste aller politischen Ungeheuer“, und die Parole der „Egalité“ war für Burke ein Greuel. Die Bewährungsfrist, die er allen Verfassungsformen zugestand, bedeutete eben bei ihm nie eine Chance für die Zukunft, sondern immer eine Worterteilung an die Vergangenheit, und da gab die erwiesene Lebenstüchtigkeit und politische Klugheit des englischen Adels den Ausschlag für die Bevorzugung der Aristokratie.

Zur staatsmännischen Erfahrung aber kam noch das Gewicht der ganz mittelalterlich orientierten sozialen Idee. Die Vorstellung einer gottgesetzten universalen Ordnung beherrscht Burkes Schriften und schließt die von Hale geschiedenen Bereiche der Natur und Geschichte unter theistischem Vorzeichen zusammen. „Nichts im physischen, nichts im moralischen Weltall darf seine angewiesene Stelle verlassen“¹⁾. Denn, so ließe sich in Burkes Sinn fortfahren, jeder kann nur das leisten, wozu er fähig und bestimmt ist. Von hier aus ist die soziale Ordnung schon zu erkennen: Burkes Gesellschaftsprinzip heißt nicht Gleichstellung, sondern Über- und Unterordnung. Zu einem Volk gehören Regierende und Regierte, Arme und Reiche. Burkes soziale Schichtung, graphisch dargestellt, ergäbe eine Pyramide, keine Ebene. Das Gesetz dieser Ordnung: Das was herrscht, soll immer das Bessere sein. Dies „Bessere“ freilich stellt auch wieder einen ganz mit Traditionalismus gefüllten Wert dar. Das Primat des Adels weist sich aus durch hohe Abkunft, gute Erziehung und ausgedehnten Besitz. Und die Verantwortung dieser Besitzenden gilt primär dem eignen Stand; erste Forderung ist die des Fideikommiß, des Erbens und Vererbens. Die Nöte der Besitzlosen belasten Burkes Gewissen noch gar nicht. Er kennt nur Nöte der Großen, das Niederdrückende der ewigen Muße und den Ekel der Sättigung. Den Armen empfiehlt er, unverdrossen zu arbeiten und auch bei kärglichem Lohn sich der Armut zu freuen! Eine Groteske für unser soziales Denken, aber auch im ausgehenden 18. Jahrhundert eine umstrittene Stellungnahme – es sei nur an Benthams Protest erinnert. Nirgends ist die Kluft zwischen beiden

¹⁾ Refl., I, 417

Denkern größer und Burkes Traditionsgebundenheit evidenter als im sozialen Denken.

c) Vergangenheit und Geschichte

Burkes „Expediency“ ist konservativ, sein Staatsbild vergangenheitsträchtig, seine soziale Ordnung an der mittelalterlichen orientiert. Gleich dem Law der Lawyers hat sein Ideal des „alten Guten“ keine Geschichte gehabt, sondern seine Zeit, die vom hohen Mittelalter bis zum Ende der englischen Verfassungskämpfe reicht und, rechtsgeschichtlich gesehen, die Idee des „Rule of Law“ von der Geburt bis zur Hoch-Zeit umfaßt. Dies Stück Geschichte ist Burkes Lieblingsstück, seine Vorzugsepoche. Es ist freilich nicht mehr ausschließlich ein Stück Rechtsgeschichte. Burke hat um den einstigen Mittelpunkt der Magna Charta herum Geist und Kultur des Mittelalters entdeckt, im mittelalterlichen Rittertum die Wurzel des Gentleman-Spirit und der europäischen Sittlichkeit gefunden. Aber die Substanz seines Expediency-Begriffes, die große „Voreingenommenheit“ für das „alte Gute“ hat Burke doch aus dem Rechtsdenken seiner Vorzugszeit bezogen. Die Weisheit der Lawyers, daß die beste Art von Fortschritt der Rückschritt, d. h. der Bezug auf die alte Ordnung sei, bestimmt Burkes Vorstellung vom Lauf der Welt. „Geschichte“ hat er dann bejaht und verstanden, wenn sie sich kontinuierlich, im Modus der englischen Rechts- und Verfassungsentwicklung vollzogen hat. Von der Erkenntnis seiner frühen Studien, daß es auch in der englischen Rechtsgeschichte „great changes and remarkable revolutions“ gegeben habe, hat Burke in den politischen Reden nicht mehr gesprochen. Dauer war ihm wichtiger geworden als Wandlung; Kontinuität, nicht Revolution hatte er nun als Charakteristikum der englischen Geschichte erkannt. Daß er von drei Revolutionen, mit denen er sich in seiner politischen Laufbahn auseinanderzusetzen hatte, immerhin zwei bejaht hat, könnte freilich seine Voreingenommenheit für geschicht-

liche Kontinuität in Frage stellen. Doch sind gerade seine Stellungnahmen zum Problem „Revolution“ geeignet, für sein vom Lawyer-Denken bestimmtes Geschichtsbild zu zeugen.

Da ist am Ende des englischen Verfassungskampfes die „Glorious Revolution“, die Burke dargestellt und beurteilt hat. Seine Darstellung ist anfechtbar. Sie gibt die Gesetzgebung von 1688 und 1701 als altes Verfassungsrecht aus und ist bestrebt, das „overruling“ der Thronfolgeordnung ganz zu verschleiern. Mit Formalismen, die Blackstone übertreffen, wird dargelegt, das Common Law sei nur in der Art der Anwendung, nicht in der Materie geändert worden, die Ausschließung der Katholiken sei nur eine Ausführungsbestimmung zum unverändert gebliebenen Erbfolgesetz. Dem läßt sich erwidern, daß die Commons von 1688 immerhin selbst eingeräumt haben, „according to law“ könne die englische Thronfolge nicht mehr geordnet werden. „As the judges and lawyers, when consulted by the house of Lords, admitted, none of the rules of the common law were applicable to such a case.“¹⁾ Und sieht man 1688 gar unter dem Aspekt der naturrechtlichen Lehre John Lockes „Who shall be judge, whether the prince or legislative act contrary to their trust? ..To this I reply, the people shall be judge.“²⁾, dann kann man zur Ansicht gelangen, es habe sich 1688 überhaupt nicht mehr um das „Rule of Law“ sondern um die „Supremacy of Parliament“ gehandelt.

Daß sich also 1688 keine materielle Änderung des geltenden Rechts vollzogen habe, bleibt in Burkes Darstellung ein anfechtbarer Punkt. Hier sind die alten Lawyers, wiewohl auch sie vom „overruling“ ungern gesprochen haben, objektiver gewesen als Burke. Rechtfertigen aber läßt sich die Lehre vom „conservatism“ der Revolution, wenn man sie auf den Geist von 1688 bezieht. Der ist nicht revolutionär, sondern im ganzen doch auf die Erhaltung der alten Ordnung bedacht gewesen. War die „Act of Settlement“ nicht „lawful“, so diente sie doch der Sicherung des alten Rechts, das die

¹⁾ Zit. Holdsworth VI, 230

²⁾ Two Treatises, 2, XIX, 240

Engländer durch die französisch-katholische Politik der Stuarts bedroht sahen. Recht wurde um des Rechtes willen gebrochen, das haben die „alten Whigs“, an die Burke appelliert, in der Auslegung der Revolution immer wieder betont: „... they (the commons) persuade themselves, that the doing right to that resistance will be so far from promoting popular licence or confusion, that it will have a contrary effect, and be a means of settling men's minds in the love of, and veneration for the laws; to rescue and secure which, was the only aim of those concerned in resistance“¹⁾. Um dieser konservativen Grundhaltung willen hat Burke die Revolution anerkannt. „A revolution not made but prevented“²⁾, darin hat er, mit Recht, die Leistung von 1688 gesehen.

Dieselbe rechts- und ordnungstreue Haltung hat Burke im Aufstand der amerikanischen Kolonien von 1776 erkannt und anerkannt. Freilich hat er seine Entscheidung für die Kolonisten nicht allein vom legalistisch-konservativen Charakter ihrer Publizistik abhängig gemacht, sondern von beispielhaft gründlichen Studien der geschichtlichen Situation Englands und Amerikas. Sie sind in der Rede „On Conciliation with America“ von 1775 aufgezeichnet und hätten eigentlich imstande sein müssen, eine Verständigung aus beiderseitigem Verstehen heraus herbeizuführen.

Mitentscheidend für Burkes Parteinahme im amerikanischen Konflikt aber ist die Losung der aufständischen Kolonisten, die, Burkes Ideal gemäß, die Wahrung des britisch-freiheitlichen Rechtes und Rechtsgeistes in Amerika zum Ziel des Kampfes macht. Daß die Amerikaner zur Erreichung dieses Zieles in der Polemik auch die naturrechtliche Terminologie einsetzen, macht Burke in seiner Parteinahme nicht irre; entscheidend ist, daß die amerikanischen Menschenrechte identisch sind mit den guten alten englischen Rechten und Freiheiten, wie sie die Vorväter der Kolonisten mit ins Land gebracht haben. Der Kampf Amerikas ist für Burke eine geistige Fortsetzung des Verfassungskampfes der Engländer im

²⁾ Sir Jos. Jekyl, 1709, zit. Burke, Appeal, 6, 160

¹⁾ Appeal, 6, 168

17. Jahrhundert; auf die Ähnlichkeit der Fronten und die Kontinuität der Freiheits- und Rechtsideen hat er in immer neuen Versionen hingewiesen: „The feelings of the colonies were formerly the feelings of Great Britain. Theirs were formerly the feelings of Mr. Hampden, when called upon for the payment of twenty shillings. Would twenty shillings have ruined Mr. Hampden's fortune? No! but the payment of half twenty shillings, on the principle it was demanded, would have made him a slave“¹⁾. – „The people of the colonies are descendants of Englishmen... They are therefore not only devoted to liberty, but to liberty according to English ideas, and on English principles“²⁾. – „...we never seem to gain a paltry advantage over them in debate, without attacking some of those principles, or deriding some of those feelings, for which our ancestors have shed their blood“³⁾. – Auch die amerikanische Revolution gehört also für Burke zu jener Art von „amendment without altering the ground“, die er als allein mögliche Art geschichtlichen „Fortschritts“ bejaht hat.

Anders die Stellungnahme zur Französischen Revolution. Hier lehnt Burke ab. Sieht man von dem moralisierenden Kampfgeschrei ab, das er gegen die Jakobiner erhebt, so ist sein wichtigster und immer wiederholter Einwand gegen 1789, daß der geschichtliche Staat keine tabula rasa sei, auf der man nach Belieben kritzeln könne. „You chose to act as if you had never been moulded into civil society, and had everything to begin anew“⁴⁾, dies ist der Vorwurf, den er den Franzosen macht. Im „total contempt of all ancient institutions“⁵⁾ lag für ihn die letzte Ursache alles Unheils, das die Revolution mit sich brachte.

1789 ist die einzige „echte“, Vergangenheit und Geschichte, Tradition und Institution verachtende Revolution gewesen, die Burke erlebt hat, dessen war er sich bewußt. Er hat für die Unterschiede in der Sprache von 1688, 1776 und 1789 ein feines Ohr gehabt. Revolution war für ihn nicht gleich Revolution, und gegenüber

¹⁾ Americ. Tax., 2, 364/65 ²⁾ Conciliation, 3, 49 ³⁾ Conciliation, 3, 61

⁴⁾ Refl., 5, 82 ⁵⁾ Refl., 5, 65

denen, die ihm die Unterstützung der einen und die Bekämpfung der anderen zum Vorwurf machten, hat er die Tugend der „consistency“, der Beharrlichkeit in Anschauung und Entscheidung, mit Recht für sich in Anspruch genommen. „I believe, if he could venture to value himself upon any thing, it is on the virtue of consistency“¹⁾.

Freilich bedeutete die Unterscheidung der drei Revolutionen für Burke eine grundsätzliche Entscheidung für konservative, gegen revolutionäre Geschichte. Die letztere hat in seinem Bild vom Lauf der Welt keinen Platz gehabt. Den traditionsfeindlichen Rationalen hat er das Recht zur Mitgestaltung der Geschichte abgesprochen. Von der geistigen Folgerichtigkeit und Notwendigkeit auch ihrer Unternehmungen hat er nichts wissen wollen. Auch hier wieder hat er den „natürlichen“ Lauf der Geschichte auf den kontinuierlichen beschränkt, das Geschehen von 1789 war „out of nature“²⁾. Der Versuch, den französischen Umstürzern das englische Verfassungsideal zu empfehlen, der Rat, den demokratischen „Irrtum“ durch Rückkehr zur Monarchie zu korrigieren, die Frage, ob nicht Reform die Revolution in Frankreich hätte verhindern können, all das zeigt, daß Burke von der geschichtlichen Bedingtheit und Notwendigkeit „echter“ Revolution wenig erfaßt hatte.

Dennoch gibt es in seiner Geschichtsschreibung und Geschichtsdeutung auch Äußerungen, in denen er dem Begreifen der „wider-natürlichen“ Geschichte nahe gewesen ist. Da finden sich im Schatten des großen Mißverstehens von 1789 erstaunlich feine, die geistige Eigenart der Revolution treffende Beobachtungen, z. B. die Entdeckung des religiös-schwärmerischen Elements im Kampf der scheinbar so „Vernünftigen“: „It is a revolution of doctrine and theoretic dogma. It has a much greater resemblance to those changes which have been made upon religious grounds, in which a spirit of proselytism makes an essential part“³⁾. Auch die Gefahr des internationalen Geltungsanspruches der Revolutionsideen ist gut er-

¹⁾ Appeal, 6, 112 ²⁾ Refl., 5, 40

³⁾ French Affairs, I, 564

kannt: „... If it (jacobinism) is suffered to exist in France, we must in England, and speedily too, fall into that calamity“¹⁾.

Nicht nur von den idealen Epochen des „ordentlichen“ Geschichtsablaufes, auch von der schwer zu begreifenden Zeit der „Sophisten, Ökonomen und Rechenmeister“ hat Burke also feine Studien geliefert. Und in den wenigen Deutungen der Geschichte selbst, die er versucht hat, läßt sich der Ansatz zur Überwindung des statischen Geschichtsbildes erkennen. Hier hat Burke mehrmals ausgesprochen, daß geschichtliche Entwicklung nicht als Wiederholung gedacht werden könne. In den Schriften zur amerikanischen Revolution formuliert er als Gesetz aller geschichtlichen Entwicklung das „Law of Change“²⁾: „Nothing in progression can rest on its original plan“³⁾. Und in einer seiner letzten Schriften betont er, daß geschichtliches Geschehen individuell, erstmalig und einmalig sei, daß in der Geschichte kein Fall seinen „Vorfall“ habe. „From the use of history“, sagt er, „much political wisdom may be learned; that is, may be learned as habit, not as precept; and as an exercise to strengthen the mind, as furnishing materials to enlarge and enrich it, not as a repertory of cases and precedents for a lawyer“⁴⁾. Seinen politischen Gegnern hat Burke die pragmatische Auswertung geschichtlicher Analogien als Mißbrauch der Geschichte sehr verübelt: „It (history) may in the perversion serve for a magazine, furnishing offensive and defensive weapons for parties in church and state... The archbishop of Paris... is forced to abandon his house, and to fly from his flock, because, truly, in the sixteenth century, the cardinal of Lorraine was a rebel and a murderer. Such is the effect of a perversion of history by those, who, for the same nefarious purposes, have perverted every other part of learning.“⁵⁾

Alle diese Äußerungen zeigen, daß Burke für die geistige Individualität geschichtlichen Geschehens aufgeschlossen war, daß er wohl auch die Eigengesetzlichkeit geschichtlicher Entwicklung geahnt hat. Daß er dennoch seiner Zeitgeschichte im Pragmatismus des

¹⁾ Observ. on the conduct., I, 627 ²⁾ Letter to Sir H. Langrishe, I, 559

³⁾ To the Sheriffs, I, 218 ⁴⁾ Remarks, I, 604 ⁵⁾ Refl., I, 435

Wertens und Vergleichens gegenüberstand, im Lauf der nationalen englischen Geschichte „the method of nature“¹⁾ erkannte, die Krisenzeit der Französischen Revolution aber in den chaotischen Bereich „out of nature“²⁾ verwies, auch das zeugt wiederum von seiner Verwurzelung im Rechtsdenken des 16. und 17. Jahrhunderts, welches Sinn und Vernunft nur im geschichtlichen Rechtswachstum, nicht in der rationalen Rechtsgestaltung gesehen hat.

d) Ordnung und Freiheit

Recht, Staat und Gesellschaft, Vergangenheit, Überlieferung und Geschichte, alle diese Begriffe sind bei Burke im wesentlichen von den Anschauungen des alten englischen Rechtsdenkens gefüllt. So kann es nicht wundernehmen, daß im Zentrum seines Denkens ein Bild des Menschen erscheint, welches gleichfalls sein Vorbild im Lawyer-Denken hat. Bestimmend ist zunächst einmal die Vorstellung des abhängigen Menschen gewesen, die ja der Einsicht in die Notwendigkeit der Überlieferung entspricht. Burke hat sich diese Vorstellung des abhängigen Menschen aus praktischem Erfahrungswissen und zugleich aus der Tiefe seiner Religiosität heraus bestätigt. „You see, Sir,“ so erklärt er 1789 dem Adressaten seiner Reflections, „that in this enlightened age I am bold enough to confess, ..that instead of casting away all our old prejudices, we cherish them to a very considerable degree...., because they are prejudices; and the longer they have lasted, and the more generally they have prevailed, the more we cherish them. We are afraid to put men to live and trade each on his own private stock of reason; because we suspect that the stock in each man is small, and that the individuals would do better to avail themselves of the general bank and capital of nations and of ages.“³⁾ In diesem Hinweis auf die Notwendigkeit der Überlieferung steckt einmal die von den Revolutionären verachtete Binsenwahrheit, daß jede Generation sich

¹⁾ Refl., 5, 79 ²⁾ Refl., 5, 40 ³⁾ Refl., 5, 168

geistig nur an der vorausgegangenen und damit mittelbar an allen vorausgegangenen bilden kann, daß Söhne von Vätern und Vorvätern, Schüler von Meistern und alten Meistern lernen müssen. Dahinter aber steht jene tiefere Weisheit, die von allen Lawyers immer wieder ausgesprochen worden ist: „The stock of reason in each man is small“. „Small“ bedeutet nicht allein quantitative sondern vor allem qualitative Beschränkung. Im Zeitalter des Vernunft-Optimismus steht Burke der menschlichen Vernunft mit tiefem Mißtrauen gegenüber. Seine Warnung vor der Überheblichkeit des Geistes, mit religiösem Pathos vorgetragen, erinnert an die Lehre Luthers von der Verderbnis, die „ohne Zweifel nicht im Fleische liegt ... vielmehr in den hervorragendsten Teilen des Menschen, nämlich in der Vernunft und im Willen, eben im Vermögen der Willensfreiheit, in den Keimen des Guten, in dem Besten, was der Mensch hat.“¹⁾

Gerade diese Einsicht in die Fehlbarkeit der menschlichen Vernunft ist es gewesen, in der Burke sich mit dem Denken der Lawyers eins gewußt hat. Am Schluß der Reflections bekennt er sich zu diesem ihrem Menschenbild: „In what I did, I should follow the example of our ancestors. ... Not being illuminated with the light of which the gentlemen of France tell us they have got so abundant a share, they acted under a strong impression of the ignorance and fallibility of mankind. He that had made them thus fallible, rewarded them for having in their conduct attended to their nature. Let us imitate their caution, if we wish to deserve their fortune, or to retain their bequests.“²⁾

Aus der Erkenntnis der fehlbaren Vernunft heraus hat Burke die Kräfte des Gemütes im Menschen aufgerufen, „to fortify the fallible and feeble contrivances of our reason“³⁾. Dieselbe Erkenntnis aber hat ihn vor allem ins Bewußtsein der Abhängigkeit des Menschen von Gott getrieben. Die Haltung des überlieferungstreuen, autoritätsgebundenen Menschen hat er als einzig mögliche zutiefst bejaht,

¹⁾ Martin Luther: „Vom unfreien Willen“, S. 197

²⁾ Refl., 5, 436/37 ³⁾ Refl., 5, 80

weil sie der Stellung des Menschen vor Gott entsprach. „We receive, we hold, we transmit our government and our privileges in the same manner in which we enjoy and transmit our property and our lives. The institutions of policy, the goods of fortune, the gifts of Providence are handed down to us and from us in the same course and order. Our political system is placed in a just correspondence and symmetry with the order of the world.“¹⁾, so schreibt Burke in den Reflections. Alle Abhängigkeit des Menschen vom Mensch spiegelt das Verhältnis der Schöpfung zum Schöpfer. Keiner kann in dieser Welt geben, der nicht zuvor empfangen hat, und alles Besitzen ist nur ein Verwalten. Aus der Abhängigkeit aber erwächst die Aufgabe der Verantwortung. „All persons possessing any portion of power ought to be strongly and awfully impressed with an idea, that they act in trust, and that they are to account for their conduct in that trust to the one great Master, Author and Founder of society“²⁾. Leben ist „Trusteeship“ vor Gott und Menschen.

Das Bild des abhängigen Menschen und der irrenden Vernunft hat Burke dem Rechtsdenken entnommen. Aber nicht das allein. Großartig ist, daß er dem Law nicht nur die Idee der menschlichen Unzulänglichkeit und Gebundenheit sondern auch die der menschlichen Kraft und Freiheit abgewonnen hat.

Law und Liberty hatten ja im alten Recht schon immer zusammengehört, nicht nur als juristische Termini sondern als ideelle Werte. Immer war die Vorstellung lebendig, daß die Rechtsordnung für den Menschen zwar Beschränkung, zugleich aber Freiheit bedeute. Bindung an Familie, Sippe und Volk, Einfügung in Stand und Zunft waren nötig, damit jede menschliche Kraft und Begabung ihr Arbeitsfeld finden konnte. So ist die Ordnung im alten englischen Rechtsdenken weniger als Zuchtrute der Bösen denn als Stütze und Stab der Willigen verstanden worden. Es gab nicht Freiheit vom Recht sondern nur Freiheit im Recht. Neben der Einsicht in die Unvollkommenheit menschlicher Ordnungen hatte sich stets das Wissen um ihre Zugehörigkeit und Zuträglichkeit behauptet.

¹⁾ Refl., 5, 79 ²⁾ Refl., I, 416

Auch Burke übernimmt die alte Einheit von Law und Liberty. Auch er versteht darunter mehr als den politisch-sozialen Besitz alter Rechte und Freiheiten. An die Stelle der Rechtsordnung setzt er die Ordnung schlechthin. „Good order“, so sagt er, „is the foundation of all good things“¹⁾. Ordnung ist auch für ihn die erste Voraussetzung menschlicher Wohlfahrt, bedeutet vor allem aber, genau wie bei den Lawyers, die Möglichkeit, die einzige Möglichkeit der Freiheit. „The liberty, the only liberty I mean, is a liberty connected with order“²⁾. Nur im Bewußtsein der Abhängigkeit von Gott, im Einklang mit der Ordnung der Welt, in der Achtung vor dem Gesetz des Staates darf der Mensch denken und handeln. Hier, in der Bindung, ist er frei, frei zur Gestaltung seiner Welt mit allen Kräften des Verstandes und Gemütes. Derselbe Burke, der die menschliche Vernunft „fallible and feeble“ genannt hat, hat es als die große „Prärogative“ des Menschen bezeichnet, daß ihm die Kraft verliehen sei, „to be in a great degree a creature of his own making“³⁾. Burke hat stets betont, daß es die Fähigkeit zur geistigen Leistung, zur künstlerischen Schöpfung, zur sittlichen Entscheidung sei, die den Mensch zum Menschen mache; es sei nur noch einmal erinnert an die schöne Formulierung „Art is man's nature“, die dem alten Zwiespalt von „artificial“ und „natural“ in vier Worten eine neue Lösung gibt. Frei ist der Mensch im Streben nach Erkenntnis, im Willen zur Bindung, in der Liebe zur Gemeinschaft. So wird die Freiheit bei Burke zur Kraft, zum Lebensnerv und Geist des Staates. „It is not only a private blessing of the first order, but the vital spring and energy of the state itself, which has just so much life and vigour, as there is liberty in it“⁴⁾.

Mit dieser Deutung der Freiheit als geistig-schöpferischer Kraft hat Burke zum konservativen Begriff der Ordnung den Gegenpol gesetzt und sein Menschenbild gerundet. Wie in der „Freiheit eines Christenmenschen“ der rechte Christ Knecht und Herr zugleich ist, so ist der Mensch bei Burke gebunden und frei. Die Bindung an Autorität und Überlieferung ist zugleich der Weg zur eignen Entscheidung

1) Refl., I, 473 2) Appeal, I, 502 3) Refl., 5, 177 4) Sheriffs, I, 206

und Gestaltung. Aus der Reproduktion des „alten Guten“ kann so zu jeder Zeit die Leistung des Guten werden, die zwar in Harmonie mit dem Gesetz der Vergangenheit, aber zugleich in der Freiheit des Geistes und Gewissens vollbracht werden muß. „Liberty, without which virtue cannot exist...“ – „Ohne Freiheit keine Moral“¹⁾).

¹⁾ Refl., I, 420

ZUSAMMENFASSUNG DER ARBEIT:

Burkes Verbundenheit mit dem Lawyer-Denken

Die Frage, ob Burke in seinem Welt- und Menschenbild „Old Whig“, Lawyer gewesen sei, kann nach dem Gang der Untersuchung nur bejaht werden. So wie seine Staatskonzeption, die er selbst „theory, drawn from the fact of our government“ genannt hat, waren alle seine Erkenntnisse aus der Anschauung der englischen Rechts- und Verfassungsgeschichte gewonnen, alle seine Ideale denen der alten Lawyers nachgebildet.

In seinem Denken spielt die nationale englische Vergangenheit genau dieselbe Rolle, die das nationale alte Recht im Denken der Lawyers gespielt hat. Wie das Recht es war, so ist nun die gute alte Zeit Hort jener Güter und Werte, die Burke im Leben und Wirken hochhält und verteidigt. Sie ist geistiger Nährboden aller Vernunft; was weise ist, das hat auch Vergangenheit, und ohne und wider die Überlieferung kann nichts Sinnvolles werden. Jene Vergangenheit ist es, die auch die ideale Struktur des englischen Staates geschaffen hat; es wäre widervernünftig, neu ordnen zu wollen, was längst aufs beste eingerichtet ist. Und mit und in dem Staat sind alle geistig-moralischen Güter und Werte, Wissenschaften und Künste, Sitten und Gebräuche als Erbe der Vergangenheit zu bewahren. Der Mensch ist Glied in der Kette und Stein im Mosaik, er ist Sohn seines Vaters und Bürger seines Staates. Nur in dieser geschichtlich-nationalen Bedingtheit ist er wirklich, nur als Sohn und Bürger ist er Mensch.

Auch das Verhältnis von nationaler Vergangenheit und Geschichte – es sei noch einmal daran erinnert – entspricht ganz dem von Geschichte und Law. Die goldene Zeit der Rittersitte stellt, genau wie die Substanz des guten alten Rechts, ein allen geschichtlichen Wandel überdauerndes Ideal dar. Vergangenheit und Law gehen nicht in der Geschichte auf, sie bleiben übergeschichtliche, das Verständnis des Geschichtlichen begrenzende und hemmende Statik.

Die tiefste Verbundenheit mit dem Lawyer-Denken aber hat Burke

wohl in der Prägung seines Menschenbildes bekundet. Gegen die Anbeter der reinen Vernunft hat er auf der Fehlbarkeit der Vernunft und der Beschränktheit der Erkenntnis bestanden. Gegen die Verspotter der gebundenen abhängigen Vernunft aber hat er die Kraft in der Zügelung, die Freiheit in der Bindung behauptet. Beide Ideen beherrschten das Rechtsdenken, das die Neuerung mit dem Anspruch der zeitlosen Vollkommenheit stets abgelehnt und dem alten, geschichtlich bewährten Mittelmaß Treue gehalten hat. Was die Lawyers unbewußt taten, hat Burke bewußt wiederholt. Er hat für jene Vernunft plädiert, die in der Unvollkommenheit steckt, die dort und nur dort zu finden ist, wo der Mensch die geschichtliche Wirklichkeit bejaht, wo er einsieht, daß „theoretical perfection“ „practical defect“ bedeutet¹⁾. Burkes Idee, so könnte man sagen, heißt Wirklichkeit. Darin mag das von der Kritik geforderte „Counter-Ideal“ gegen den Rationalismus liegen, darin besteht die schöpferische Leistung Burkes und seiner Vorgänger. Ihr Werk vertritt inhaltlich und methodisch die Idee der Wirklichkeit; es vollbringt die Entdeckung und Aufwertung des Weltlich-Wirklich-Geschichtlichen, noch nicht in philosophischer Erkenntnis einer immanenten Vernunft zwar, aber in praktisch-politischem Erfahrungswissen um solche Vernunft und zugleich im festen Glauben an den göttlichen Sinn der Welt.

Ausblick: Burkes Distanzierung vom Lawyer-Denken

Was Burkes Werk mit dem der Lawyers verbindet, hat die vorliegende Untersuchung aufzeigen wollen. Was sein Werk von dem der Lawyers abhebt, auch darauf sei kurz hingewiesen.

Burke hat vieles, was von seinen Vorgängern halb und zagend ausgesprochen worden ist, sicher treffend und eingängig formuliert. Einmal darum, weil er überhaupt im Geist mächtiger, im Wort kräftiger gewesen ist als seine Lawyer-Lehrer. Wenn Hookers

¹⁾ Refl., 5, 122

Staatsauffassung für diejenige Burkes bestimmend war, so verblaßt sie doch neben der vollendeten Ausführung des Schülers und Erben. Und was man in der juristisch-akademischen Formulierung Matthew Hales vielleicht vergessen hat, prägt sich für immer ein in der plastischen Sprache Burkes.

Und noch ein anderes hebt Burkes Werk über das der Lawyers hinaus. Was von diesen unbewußt entdeckt worden ist, wird von Burke bewußt erkannt und gewertet. Es ist im Lauf der Arbeit schon mehrmals auf die Distanz hingewiesen worden, die Burke in mancher Hinsicht vom Law der Lawyers gewonnen hat. Die kritische Haltung des Politikers gegenüber dem Legalismus des 18. Jahrhunderts, die Hinwendung des Philosophen vom *lawful* zum *expedient*, vom Recht zum Rechten und Guten, kurz, die Lösung von der Standortgebundenheit des professionierten Lawyers mag es ermöglicht haben, daß in Burkes Werk auf das Rechtsdenken des 16. und 17. Jahrhunderts, unbeschadet der Kontinuität, eine Rückschau zustande kommt, die sich der Eigentümlichkeit jenes Denkens zum ersten Mal bewußt wird.

Es hat zum Beispiel im Werk aller Lawyers schon den Appell an die irrationalen Kräfte des Menschen gegeben, an Vätertreue, Heimatliebe, Freiheitsstolz. Aber solcher Appell ist ohne jede Reflexion, spontan im Zug der Rechtsverteidigung erfolgt. Erst Burke hebt nun Unbewußtes ins Bewußtsein. Durch ihn wird die Kraft des Irrationalen nicht mehr nur angerufen, sondern als Ergänzungs- oder Widerpart des Rationalen erkannt. Ausdrücklich wird die spontane Entscheidung der „*feelings and sentiments*“ dem Urteil der „*unfehlbaren*“ Vernunft zu- und übergeordnet.

Vor allem aber sind es Geist und Prinzip der Rechtstradition selbst, die Burke bewußt aufgenommen und bewertet hat. In seinen frühen rechtsgeschichtlichen Studien hat er die Vorstellung vom alten, eignen und bleibenden Recht als Verfälschung der geschichtlichen Wirklichkeit abgelehnt, in den politischen Schriften aber hat er sie als gute Politik bejaht. In den *Reflections* hat er dem eigentümlichen Geist der englischen Rechtsüberlieferung eine Charakteristik ge-

liefert, wie sie besser kaum hätte geschrieben werden können. „You will see“, so heißt es da, „that Sir Edward Coke, that great oracle of our law, and indeed all the great men who follow him to Blackstone, are industrious to prove the pedigree of our liberties. They endeavour to prove that the ancient charter, the Magna Charta of king John, was connected with another positive charter from Henry I., and that both the one and the other were nothing more than a reaffirmance of the still more ancient standing law of the kingdom. In the matter of fact, for the greater part, these authors appear to be in the right; perhaps not always; but if the lawyers mistake in some particulars, it proves my position still the more strongly; because it demonstrates the powerful prepossession towards antiquity, with which the minds of all our lawyers and legislators . . . have been always filled; and the stationary policy of the kingdom in considering their most sacred rights and franchises as an inheritance. – You will observe, that from Magna Charta to the Declaration of Right, it has been the uniform policy of our constitution to claim and assert our liberties, as an entailed inheritance derived to us from our forefathers, and to be transmitted to our posterity . . .“¹⁾).

Es mag solchen Leistungen des Erkennens und Bewußtmachens zuzurechnen sein, daß Burke von der Kritik so oft als „Entdecker“ gewürdigt worden ist. Zweifellos ist er mit diesem bewußten Traditionalismus über die Lawyers hinaus, oder besser, zu ihnen und zu sich selbst gelangt, das heißt, zur Erkenntnis jener geistigen Ausrichtung, die sein und seiner Vorgänger Werk bestimmt hat.

¹⁾ Refl., I, 393

QUELLEN UND LITERATUR.

- Bacon, Francis: Works, ed. James Spedding, Vol. VII, London, 1879
- Barth, Hans: Edm. Burke und die deutsche Staatsphilosophie im Zeitalter d. Romantik. (Schweizer Beitr. z. Allg. Gesch., Bd. 3, Aarau, 1945)
- Bentham, Jeremy: A Fragment on Government; ed. F. C. Montague, London, 1931
- Blackstone, William: Commentaries on the laws of England, in four Books, London, 1813
- Braune, Frieda: Edmund Burke in Deutschland. Heidelberg, 1917
- Burke, Edmund: Works, 12 vols. London, 1815
Works, with Introduct... by Henry Rogers, 2 vols. London, 1845
Correspondence, ed. by Earl Fitzwilliam, 4 vols. London, 1844
- Cobban, Alfred: Edmund Burke and the Revolt against the 18th Century. London, 1929
- Coke, Edward: Institutes of the Lawes of England. 6th Edit. London, 1681
- Croce, Benedetto: Zur Theorie und Geschichte der Historiographie. Tübingen, 1915
- MacCunn, John: The Polit. Philosophy of Burke, London, 1913
- Dibelius, Wilhelm: England; 2 Bde. (Dt. Verl.-Anst. Stuttg., Leipz., Berlin, 1925)
- Dicey, A. V.: Lectures on the Relat. betw. Law and publ. opin. dur. 19th cent., London, 1905
- Gierke, Otto: Joh. Althusius und die Entwicklung der naturrechtl. Staatstheorien; Breslau, 1880
- Göhring, Martin: Weg und Sieg der modernen Staatsidee in Frankreich; Tübingen, 1947
- Goethe, Joh. Wlfg.: Werke, Artemis-Gedenkausgabe. Zürich, 1949-54
- Gooch, G. P.: Political Thought in England from Bacon to Halifax, London, 1915

- Hale, Matthew: Reflections on Mr. Hobbes His Dialogue of the Lawe (Holdsworth V, Anh., 499)
- Considerations, touching the Amendment or Alteration of Lawes (Law Tracts, ed. by Fr. Hargrave, Vol. I, Dublin, 1787)
- A History of the Common Law of England, 6th Ed. London, 1820
- Hartung, Fritz: Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jh. bis z. Gegenwart. 3. Aufl., Leipz. u. Berlin, 1928
- Hatschek, Julius: Engl. Verfassungsgeschichte, München u. Berlin, 1913
- Hobbes, Thomas: Works; ed. by Will. Molesworth, Vol. VI. London, 1840
- Holdsworth, Will. Searl: A History of English Law, 12 vols., London, 1908–38
- Holtzmann, Robert: Franz. Verfass. gesch. v. d. Mitte d. 9. Jh. b. z. Revolut., München u. Berlin, 1910
- Hooker, Richard: Of the Laws of Ecclesiastical Polity; Book I, ed. by R. W. Church; Oxford, Clarendon Press, 1896; Book VIII, ed. by R. A. Houk, New York, 1931
- Hübner, Rudolf: Die parlamentarische Regierungsweise Englands in Vergangenheit u. Gegenwart, Tübingen, 1918
- Kern, Fritz: Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter; Kiel, 1914
- Über die mittelalterliche Anschauung vom Recht (H. Z. 115, München u. Berlin, 1916)
- Laski, Harold, J.: Political Thought in England from Locke to Bentham; London, 1920
- Lennox, Richmond: Edm. Burke und sein polit. Arbeitsfeld; München u. Berlin, 1923
- Locke, John: Two Treatises on Civil Government, London, 1884
- Luther, Martin: Vom unfreien Willen. Deutsch von O. Schumacher, Göttingen, 1937
- Magnus, Sir Philip: Edm. Burke. A Life. London, 1939
- Maitland, Fred. Will.: The Constitutional History of England; Cambridge, 1908

- English Law and the Renaissance; Cambridge, 1901
- Meinecke, Friedrich: Weltbürgertum und Nationalstaat; 7. Aufl., München, Berlin, 1928
- Die Entstehung des Historismus; 2. Aufl., München, 1946
- Meusel, Friedrich: Edm. Burke und die Französ. Revolution; Berlin, 1913
- Merk, Walther: Vom Werden und Wesen des Deutschen Rechts; Langensalza, 1935
- Morley, John: Burke; London, 1893
- Osborn, A. Marion: Rousseau and Burke; Oxford Univ. Press, London, New York, 1940
- Preuss, Hugo: Verfassungspolitische Entwicklungen in Dtschl. u. Westeuropa; Berlin, 1927
- Radbruch, Gustav: Der Geist des englischen Rechts; 2. Aufl., Heidelberg, 1947
- Rechtsquellen und Rechtsfindung in England; Universitas, Jahrg. 1/9, Stuttgart, 1946
- v. Ranke, Leopold: Engl. Gesch., vornehmlich im 17. Jahrh., 3. Aufl., 1877–1879 (Sämtl. Werke, 14–22)
- Redlich, Josef: Recht u. Technik des englischen Parlamentarismus; Leipzig, 1905
- Sakmann, Paul: Die Denker u. Kämpfer der englischen Aufklärung; Stuttgart, 1946
- Schröder, Richard: Lehrbuch der dt. Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Leipzig, 1894
- Stephen, Leslie: History of English Thought in the 18th Cent., 3rd Edit., London, 1902
- Stubbs, William: Select Charters of English Constitutional History; 8th Edit., Oxford, 1900
- v. Sybel, Heinrich: Edm. Burke u. die Franz. Revolution; (Allg. Ztschr. f. Gesch., Herg. A. Schmidt, 7. Bd., 1847)
- Trevelyan, G. M.: Geschichte Englands; 3. Aufl., München, 1947
- Kultur- u. Sozialgeschichte Englands; Hamburg, 1948

- Troeltsch, Ernst: Der Historismus und seine Probleme; Ges. Schriften III, Tübingen, 1922
 Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen; 3. Aufl., Ges. Schriften I, Tübingen, 1923
- Vaughan, C. E.: Studies in the History of Political Philosophy before and after Rousseau. Vol. II, Manchester, 1925
- Vinogradoff, Paul: Reason and Conscience in 16th century jurisprudence; Law Quarterly Review XXIV, ed. Fred. Pollock, London, 1908
- Vossler, Otto: Die amerikanischen Revolutionsideale in ihrem Verhältnis zu den europäischen. H. Z., Beiheft 17, München u. Berlin, 1929
 Studien zur Erklärung der Menschenrechte. H. Z. 142, München u. Berlin, 1930
 Der Nationalgedanke von Rousseau bis Ranke. München u. Berlin, 1937
 Objektivität in der Geschichte. (in: „Die Welt als Geschichte“, Ztschr. f. Univ. gesch., Herg. H. Stier, X. Jhg., Heft 2) Stuttgart, 1950
- Wolzendorff, Kurt: Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes..., 1916

Anmerkung: Edmund Burke ist sowohl nach der Ausgabe von 1815 als auch nach der von 1845 zitiert. Zur Unterscheidung ist bei der ersteren die Bandzahl in arabischen Ziffern angegeben, bei der letzteren in römischen Ziffern.

LEBENS LAUF

Am 20. Juni 1924 wurde ich als zweites Kind des jetzigen Direktors der Frankfurter Universitätskliniken, Wilhelm Schell, in Frankfurt a. M. geboren und evangelisch getauft. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte die Schwanthaler- und Frauenhof-Volksschulen und ab 1935 die Schiller-Oberschule zu Frankfurt a. M., an der ich 1943 die Reifeprüfung bestand.

Nach Ableistung des Arbeits- und Kriegshilfsdienstes (April 1943 bis Mai 1944) und nach halbjährigem Kriegseinsatz (Aufräumarbeiten im juristischen Seminar der Joh. Wolfg. Goethe-Universität, Sept. 1944 bis April 1945) belegte ich nach Wiedereröffnung der Universität im Februar 1946 die Fächer Geschichte, Deutsch und Philosophie.

Ich besuchte Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren Beutler, Coing, Gadamer, Gelzer, Kienast, Kirn, Kunz, Ophüls, Rahn, Reicke, Reinhardt, Schultz, Schwietering, Spira, Vossler, Weinstock und Wittsack.

Die Anregung und Förderung meiner Dissertation verdanke ich Herrn Professor Dr. Otto Vossler.

Gisela Schell

